

**FORTALEZAS Y DEFICIENCIAS DE LAS CAUSALES A TRAVES DE LAS
CUALES SE PUEDE DECLARAR LA CADUCIDAD EN LOS CONTRATOS
ESTATALES**

CAROLINA AGUILAR AMÉZQUITA

LINA MARIA GONZALEZ ANGARITA

**TRABAJO PARA OPTAR AL GRADO DE ESPECIALIZACION EN
CONTRATACION ESTATAL**

DIRECTORA:

D.R. RUTH CAROLINA BLANCO

MODULO INVESTIGACION

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE AQUINO SECCIONAL TUNJA

ESPECIALIZACION EN CONTRATACION

2018

FORTALEZAS Y DEFICIENCIAS DE LAS CAUSALES A TRAVES DE LAS CUALES SE PUEDE DECLARAR LA CADUCIDAD EN LOS CONTRATOS ESTATALES

OBJETIVOS

Objetivo general:

Describir las fortalezas y deficiencias de las causales a través de las cuales se puede declarar la caducidad en los contratos estatales.

Objetivos específicos:

Establecer la naturaleza jurídica de la cláusula de caducidad

Definir las fortalezas de las causales por las cuales la entidad puede declarar la caducidad a contratos

Determinar las deficiencias de las causales por las cuales la entidad puede declarar la caducidad a contratos

Establecer propuestas de solución frente a las deficiencias por las cuales la entidad puede declarar la caducidad a contratos

RESUMEN

El contrato estatal se ha constituido desde la práctica administrativa en uno de los mecanismos más eficientes y necesarios para alcanzar los intereses de orden general. Su importancia se da en la potestad sancionadora, la cual es una herramienta de la administración para desarrollar cada una de sus actividades y con la cual se da la ejecución de los fines propios del Estado.

Se busca presentar un estudio en el cual se proyecte la aplicación y ejecución de otras causales de caducidad ajustable a los contratos estatales, por consiguiente se esbozó desde la naturaleza jurídica el alcance de los privilegios sancionatorios a las autoridades públicas para que puedan garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos y la ejecución adecuada y oportuna de los contratos; se argumentan las fortalezas y deficiencias de las causales a través de las cuales se puede declarar la caducidad en los contratos estatales y finalmente se plantean como propuestas de forma general la solución frente a las deficiencias por las cuales la Administración puede declarar la caducidad a contratos.

PALABRAS CLAVE

Contrato estatal, Caducidad, causales, fortalezas, deficiencias, terminación

ABSTRACT

The state contract has been constituted from the administrative practice in one of the most efficient and necessary mechanisms to achieve the interests of a general order. Its importance is given in the sanctioning power, which is a tool of the administration to develop each of its activities and with which the execution of the State's own ends is given.

The aim is to present a study in which the application and execution of other causes of adjustable expiration to the state contracts is projected, therefore the legal nature of the scope of the sanctions privileges to the public authorities so that they can guarantee the continuity in the provision of public services and the adequate and timely execution of contracts; the strengths and deficiencies of the causes are argued, through which the expiration of the state contracts can be declared and finally the solutions are proposed as a general solution to the deficiencies by which the Administration can declare the expiration of contracts.

KEYWORDS

State contract, Expiration strengths, deficiencies, causes, termination

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se realiza el análisis de las fortalezas y deficiencias de las causales a través de las cuales se puede declarar la caducidad en los contratos estatales; tema regulado y conocido de manera genérica, no obstante es necesario dar a conocer otras causales que deben ser tenidas presentes como alternativa que impactan los contratos estatales para sancionar al contratista por un hacer u omitir que contradiga la finalidad de la contratación estatal, para lo cual se realizará la verificación de varios aspectos teóricos que repercuten directamente en el tema y que son importantes en la identificación de las causales.

A través del presente proyecto se pretenden establecer propuestas de solución frente a las deficiencias por las cuales la Administración puede declarar la caducidad en los contratos.

Por tanto se efectuó un estudio a las causales que no son explícitamente reconocidas en el ámbito jurídico.

FORTALEZAS Y DEFICIENCIAS

DE LAS CAUSALES A TRAVES DE LAS CUALES SE PUEDE DECLARAR LA CADUCIDAD EN LOS CONTRATOS ESTATALES

NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA DE CADUCIDAD

Para llegar a lo que hoy en día se sabe de la cláusula de caducidad, es conveniente hacer referencia a lo estipulado por las normas antecesoras de la conocida Ley de Contratación Estatal; se inicia con el Código Fiscal Nacional de 1873, con él se introdujo la cláusula de caducidad, sin que hubiese un concepto claro que la pudiese definir, se presentaba un régimen de libertad en la contratación asimilable a los contratos celebrados con los particulares; para ese tiempo, prevalecen los contratos de concesión de derechos de peaje, derechos que se pagan para pasar por algunos puentes, negocios de compras y de suministros para la nascente administración pública, contratos de arrendamientos, convenios y demás actividades referentes a las funciones otorgados al tesorero. (Colombia, Ley 106 de 1873, por el cual se expide el Código Fiscal)

Es así, que inicia una distinción entre los contratos privados y públicos de la administración. Esta situación permitió a los jueces y tratadistas colombianos hacer referencia a la jurisprudencia francesa, especialmente tomar las doctrinas del tratadista francés Gastón Jèze cuando bajo la figura del contrato de Concesión formulo el desarrollo de uno de los elementos más característicos de los contratos administrativos: “sanciones y medidas de coerción en el contrato de concesión de servicio público” definiendo que “...*El contrato de concesión de servicio público es el que asocia, en más alto grado, al empresario con el funcionamiento del servicio público. Es, pues, necesario que las sanciones, las medidas de coerción, sean las más enérgicas...*” (Jèze, Gastón. 1950, Principios generales del Derecho Administrativo, pagina 11,17, 7 ts. Editorial Depalma. Buenos Aires). En este sentido, se les otorgan privilegios sancionatorios a las autoridades públicas para que puedan garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos y la ejecución adecuada y oportuna de los contratos.

La evolución normativa llevo a la creación de leyes donde se incluye la cláusula de caducidad en los contratos cuyo objeto fuera la construcción de obras públicas¹; seguido con la reforma al Código Fiscal, sujetó la cláusula de caducidad y autorizó al Gobierno para incluirla en los contratos de obras y de prestación de servicios², luego, en la Ley se permitió la inclusión de la cláusula de caducidad en los contratos de obra, prestación de servicios y explotación de bienes del Estado³. Más adelante se regulo los elementos del contrato⁴ y se

¹ Ley 53 de 1909, Sobre términos administrativos y prescripción de ciertas acciones en cuanto a contratos celebrados con el Gobierno; La razón de ser de esta figura jurídica consistió en señalar dos tipos de cláusulas de caducidad: una, las contractuales, aquellas causales pactadas previamente en el contrato; y la otra, la genérica y presunta, derivada del hecho del incumplimiento del contratista.

² Ley 110 de 1912, Por el cual se sustituyen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman.

³ Ley 167 de 1941, Organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa.

Ley 28 de 1974, Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias en materia administrativa, y se dictan otras disposiciones; Para el año de 1974, emerge en Colombia el Contrato

previó las cláusulas que forzosamente debían contener los contratos señalando entre otras las de caducidad administrativa⁵.

Es así como se despliega la norma y se llega al Tercer Estatuto de Contratación Estatal Ley 80 de 1993, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; Consagra el término genérico de "entidades estatales", Generaliza la denominación de contratos, al llamarlos "Contratos Estatales". Y en su Artículo 18 contempla la definición de caducidad y los efectos que la misma puede generar:

“...Artículo 18º.- De la Caducidad y sus Efectos.: La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

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

Administrativo, el cual contenía unas cláusulas exorbitantes del derecho común, en particular y de manera esencial la caducidad. En esta instancia, la naturaleza jurídica de las cláusulas exorbitantes hace entender que en la contratación estatal, “se da prerrogativas a una de las partes en este caso la Administración, para producir la mutación del contrato, declarar su incumplimiento, darlo por terminado, sancionar en forma unilateral y realizar motu proprio cobros directos y compensaciones que no cabe aplicar en las relaciones del contrato privado. la Ley 28 de 1974 dotaba de facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para regular el tema contractual. Con fundamento en dichas facultades, se expidió el Decreto-Ley 150 de 1976, primer estatuto de codificación del derecho contractual.

⁴ Decreto Ley 150 de 1976, Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas; reguló los elementos del contrato, su clasificación, los tipos de cláusulas, las formas de contratación estatal (licitaciones públicas, privadas y contratación directa), la capacidad de los contratantes, la creación de un régimen de inhabilidades e incompatibilidades se indicaron como causales de caducidad, la muerte del contratista, si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con sus sucesores; la disolución de la sociedad contratista; la incapacidad financiera del contratista.

⁵ Decreto 222 de 1983, Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones; el artículo 60 trata de las cláusulas que forzosamente debían contener los contratos señalando las de caducidad administrativa, detención de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales, garantías, multas, cláusula penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando hubiere lugar. Si en un contrato de derecho administrativo o de derecho privado de la administración se pactaba la caducidad debían incluirse como cláusulas obligatorias los principios de interpretación, modificación y terminación unilaterales.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento...”

Con lo estipulado en el artículo, se desprende que esta sanción sólo puede declararse cuando:

1. Se presenten hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.
2. Que ese incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato.
3. Que se evidencie que ese incumplimiento y afectación grave del contrato, conduzca a su paralización.

Con lo mencionado, se entiende que la razón de ser de la Cláusula Caducidad principalmente radica en los contratos Estatales fundados por el contratista, cuando este con su incumplimiento está generando una afectación a la prestación de un servicio público de manera coyuntural; la importancia de la figura obedece a que todo objeto contractual lleva consigo la prestación de un servicio público y en ese sentido cuando el contratista no cumple o con su actuar pone en riesgo el servicio público, la administración tiene el derecho de hacer efectivo la cláusula de caducidad.

Situación que conlleva a las normas que posteriormente se promulgaron, las cuales prevén la vulneración a la regla general que obedece a preservar el servicio público y se pretende prestar con el objeto del contrato; cuando el contratista incumple gravemente con el mismo, así se ha entendido desde la importancia de la naturaleza jurídica, pero en la actualidad existen otros comportamientos que también generan caducidad y que no genera un incumplimiento grave al contrato o un incumplimiento que afecte el servicio público, de ser así, se está frente circunstancias diversas, como por ejemplo a lo largo de los procesos contractuales en su fase de ejecución, así como se ajusta a la realidad fáctica del país y la incursión en los diversos campos de ingeniería y minería, así como en el pago de obligaciones derivadas del contrato como el pago de parafiscales y la prórroga de garantías.

En este sentido es importante mencionar, que a pesar de que la Ley 80 de 1993, redujo a una sola causal la declaratoria de caducidad, existen dentro de la legislación otras causales que conviene analizar:

- 1-Por colaborar el contratista con grupos al margen de la ley (Ley 80 de 1993, artículo 5º, numeral 5º; Ley 40 de 1993, artículo 25 y Ley 782 de 2002, artículo 31).
- 2.- Ser declarado el contratista responsable fiscalmente dentro del contrato estatal (Ley 610 de 200, artículo 61).
- 3.- Por no protección a la profesión de la ingeniería Nacional (Ley 64 de 1978, inciso 2º).

4. -Por no prorrogar el plazo de la garantía de cumplimiento del contrato (Decreto 679 de 1994, artículo 5°).

5. - Por el no pago de obligaciones parafiscales (Ley 789 de 2002, parágrafo 2°, modificado por el artículo 1° de la Ley 828 de 2003).

6. – Por incumplimiento regulaciones de orden técnico en el proceso de exploración y explotación de minerales (Ley 685 de 2001, artículo 112).

En síntesis, se condiciona que para declarar la caducidad el incumplimiento que surge por parte del contratista tiene que afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato, es decir, no puede tener como fundamento una acción que signifique un mínimo de incumplimiento dentro de la ejecución, sino que tiene que generarse por acciones que conlleven a la paralización como tal de la ejecución y que esta sea evidenciada.

Para citar un ejemplo, no se podría declarar la caducidad en un contrato de obra por el solo hecho que el contratista solicite la suspensión ya que por motivo de cambio climático no se puede continuar con la obra en una vía pública; se podría declarar si en la ejecución del contrato el contratista no continua desarrollando el objeto contractual absteniéndose de sus obligaciones sin ningún motivo y no se construya la vía pública por donde tienen que pasar los habitantes de una vereda completa en la cual transportan cosechas para su comercialización y distribución. Igualmente, en el Artículo 18, menciona mediante qué mecanismo se aplica el acto administrativo, y qué se debe dar por terminado y liquidado; así como de intervenir en ejecución del objeto a través del garante o de otro contratista; como también, menciona qué medidas adoptar en caso de no ser declarado.

LAS CAUSALES DE CADUCIDAD EN CONTRATOS ESTATALES

La cláusula de caducidad (tema de controversia por los tratadistas) se ha convertido en una valiosa herramienta con que cuentan las entidades del Estado para dar por terminado un contrato incumplido y las consecuentes sanciones al contratista: Esta medida se aprecia como un acto de justicia en ejercicio de autoridad superior de la Administración para poder proceder frente al particular.

La importancia de esta cláusula radica en que es una manera en la que el Estado puede dirigir y llevar un control sobre un contrato, en busca de una ejecución idónea, de manera oportuna y adecuada buscando un interés general en cuidado de los recursos del tesoro público. Puede decir en definitiva que, la caducidad permite al Estado fiscalizar y tomar decisiones en procura del bien de la colectividad.

Frente a esto, es válido entrar a manifestar la finalidad de las causales que no son explícitamente reconocidas en el ámbito jurídico, así:

1-Por colaborar el contratista con grupos al margen de la ley.

Desde el perfil legislativo, puede señalarse que la finalidad de esta forma de caducidad consiste en evitar la incursión en conductas delictivas, generadas de esta relación, que puedan poner en riesgo no solo la ejecución del objeto contractual sino a la misma entidad, al dejarla expuesta a estos grupos y sus actos delincuenciales. También, se puede pensar que, incluso, se tiende a prevenir que la entidad contratante se vea involucrada indirectamente con los grupos armados al margen de la ley⁶ o en actos de corrupción⁷.

El fenómeno de colaborar con grupos al margen de la ley se puede ver inmerso en las diferentes áreas de la contratación como lo pueden ser la planeación, el presupuesto, la gestión de recursos humanos, la administración de recursos físicos y el control fiscal, son entre otras áreas de gestión en donde resulta evidente la desnaturalización de la función pública por este fenómeno. Sin embargo, en medio de estas circunstancias y, en procura de los intereses del Estado, se busca cuidar el bien colectivo en Colombia, para este caso la soberanía⁸.

⁶ Ley 80, de 1993, Artículo 5, numeral 5, precisa que se prohíbe acceder a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de ser obligados a hacer u omitir algún acto o hecho. La ley es clara al indicar que los contratistas de una Entidad Estatal deben informar inmediatamente a las autoridades competentes. “El incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato”.

⁷ Una definición genérica de corrupción consiste en afirmar, como lo hace Bejarano, que: “...*hay un acto de corrupción cuando una persona* ilícitamente pone sus interés personal por encima de los intereses generales que está obligado a servir”. De hecho, “...la corrupción genera, entre otros efectos, la deslegitimación del Estado, y de la organización política, afecta la eficacia empresarial, hace ineficiente la asignación de recursos públicos y privados y distorsiona las políticas públicas” (Bejarano, 1996, p 84).

⁸ Ley 418 de 1997, en su Artículo 90, aclara que el Gobierno podrá declarar la caducidad o decretar la liquidación unilateral de todo contrato celebrado por una entidad pública, cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato y en relación con las Organizaciones Armadas al margen de la ley, en cualquiera de las siguientes causales: 1. Ceder injustificadamente ante las amenazas proferidas por dichas organizaciones. 2. Recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a tales organizaciones o colaborar y prestar ayuda a las mismas. 3. 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 dichas organizaciones. 4. Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de dichas organizaciones. 5. Incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichas organizaciones, conocidos con ocasión del contrato.

Ahora bien a la luz de la realidad, para nadie es ajeno comprender que son incuantificables los daños que los grupos al margen de la ley le han ocasionado al país, con más de siete millones de víctimas en su historial y los consecuentes efectos psicológicos en las víctimas y el resto de la sociedad, cuya responsabilidad se distribuye en las partes en conflicto incluyendo al mismo Estado. La acción de los grupos al margen de la ley aterroriza a buena parte de la población civil, a causa de “desplazamiento de población, despojo de tierras, secuestro, extorsión, reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes, tortura (...), asesinatos selectivos y masacres, amenazas, delitos contra la libertad y la integridad sexual, desaparición forzada, minas antipersonales (...) atentados contra bienes públicos”. (Heidi Ortiz Tamayo, 2015 Conflicto armado en Colombia: factores, actores y efectos múltiples)

2.- Ser declarado el contratista responsable fiscalmente dentro del contrato.

La finalidad de esta forma de caducidad, consiste en que la autoridad administrativa cuenta con los instrumentos legales para prevenir la sustracción de obligaciones dentro de la ejecución contractual; es decir, contar con un instrumento legal para controlar fiscalmente al contratista del Estado, asegurando que su libertad fiscal prevalezca en el momento de contratar y ejecutar el objeto contractual. La causal, en sí, se refiere a las condiciones y consecuencias surgidas en la relación contractual a la luz de la política fiscal.

En este sentido es clara la norma cuando establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías⁹ y trata la caducidad del contrato estatal; en efecto, este accionar interinstitucional es contemplado en la figura de la descentralización administrativa por colaboración, autorizada mediante los artículos 1º., 2º., 123, 209, 210 y 365 de la Constitución Política.

Ahora bien, en procura de hallar la naturaleza de esta causal de caducidad, es relevante citar la Ley 42 de 1993, sobre la organización del sistema del control fiscal, financiero y los organismos que lo ejercen (Artículo 86). En lo referente a los juicios fiscales que afecte a un contratista y el procedimiento a seguir, la citada ley señala: *"Cuando en un proceso fiscal un contratista resultare responsable, los organismos de control fiscal solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente la imposición de la sanción respectiva. Para estos efectos la sanción será causal de caducidad del contrato.* (Colombia, Ley 42 de 1993, *la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen*).

3.- Por no protección a la profesión de la ingeniería Nacional.

El Estado acudió a una herramienta dentro del esquema legal que se denomina Protección al Ejercicio de la Ingeniería Nacional, con la finalidad de garantizar la labor ética de la profesión de ingeniería y arquitectura y, por ende, que los trabajos se ejecuten con la idoneidad y el profesionalismo requerido. Es en esta relación donde el contratista y ejecutor de la obra, para poder prestar sus servicios profesionales, debe tener una acreditación especial que lo habilite con idoneidad para poder ejercer¹⁰.

⁹ Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Artículo 61. Caducidad del contrato estatal. Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado

¹⁰ Ley 0064 de Diciembre 28 de 1978. por el cual se reglamenta el ejercicio de la Ingeniería, la Arquitectura y profesiones auxiliares., basado en la "Clasificación Internacional de Ocupaciones", elaborada por la Oficina Internacional del Trabajo" En este contexto se aclara el ejercicio específico de dicha profesión del que se refiere los subgrupos 02 y 03 de la "Clasificación Nacional de Ocupaciones", adoptado por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, mediante Resolución 1186 de 1970. Lo anterior reglamenta que

4. -Por no prorrogar el plazo de la garantía de cumplimiento del contrato.

Esta causal es una de las obligaciones a cargo del contratista, la cual consiste en que dicho contratista debe “constituir una garantía bancaria o de compañía de seguros que ampare los siniestros que puedan presentarse durante la ejecución de la etapa que inicia, pero además dentro del objeto de la misma debe quedar incluida la obligación de prorrogar la garantía o de constituir una nueva, si fuere el caso”. (Mojica Cortés, 2008, apuntes sobre la caducidad de los Contratos estatales en el Régimen jurídico Colombiano).

Es oportuno resaltar que esta causal se aplica sobre la base de la Garantía Única de Cumplimiento en favor de las Entidades Estatales, en la que cita los riesgos que se amparan, entre ellos: la seriedad de la oferta, el buen manejo y correcta inversión del anticipo, devolución de pago anticipado, cumplimiento del contrato y la efectividad de la garantía. (Decreto 1082 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional).

Se resalta que, a diferencia de las otras clases de seguros en los cuales tiene plena aplicación el principio de la autonomía de la voluntad, en el seguro de cumplimiento a favor de las entidades estatales, el legislador optó por facultar al Gobierno Nacional para que regulara la mayoría de sus cláusulas con la finalidad de garantizar la efectiva protección del patrimonio público.¹¹

Se entiende, a groso modo, que el propósito de la garantía de cumplimiento de un contrato reside en avalar, en tiempo y calidad, las condiciones contractuales del documento y se otorga para el sector público en la ejecución de una obra u otro tipo de servicio. Aquí, la póliza se le otorga al beneficiario, que es una entidad estatal la cual busca asegurar una obra adecuada o un servicio eficiente. Con cargo a esta póliza se podrán efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista.

nadie podrá ejercer la Ingeniería o Arquitectura en cualquiera de las ramas, sin la correspondiente matrícula expedida por un Consejo Profesional Seccional de Ingeniería y Arquitectura, y confirmada por el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y Arquitectura, de acuerdo con el reglamento que, sobre el particular, dicte el Gobierno. Se presume la autenticidad de la matrícula así expedida, apoyándose en el principio de la buena fe.

¹¹ La Póliza de Cumplimiento es el mecanismo de cobertura del riesgo más utilizado por los contratistas y se encuentra regulada por las disposiciones del Código de Comercio, por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, Decreto 1510 de 2013 y demás normas concordantes. Esta póliza pertenece a la categoría de los seguros patrimoniales y tiene como objeto cubrir o amparar al asegurado (contratante/administración) de todos los perjuicios que le cause el contratista (tomador/afianzado) como consecuencia del incumplimiento de este último a las obligaciones a su cargo pactadas en el contrato garantizado o afianzado. El negocio jurídico que contiene la póliza o la garantía es un contrato autónomo, en el que la entidad estatal no es parte sino beneficiario o asegurado, se trata de un contrato que está directa e inescindiblemente unido al contrato estatal que respalda. (Diana Montoya, Declaratoria de caducidad en el contrato estatal).

5. - Por el no pago de obligaciones parafiscales.

Las contribuciones parafiscales, son recursos públicos creados por ley, originados en pagos obligatorios con el fin de recuperar los costos de los servicios que se presten o de mantener la participación de los beneficios que se proporcionen, se caracterizan por desarrollar actividades de interés general y son administradas por un órgano que haga parte del presupuesto. Su manejo y ejecución puede ser por los órganos del Estado o particulares que determine la Ley. (Bravo, J. Nociones fundamentales de derecho tributario, 1997, 2ª edición, Bogotá. Ediciones Rosaristas).

Es un deber ineludible del contratista del Estado cumplir con las obligaciones de demanda al Sistema de Seguridad Social y parafiscales como Sena, ICBF, Caja de Compensación Familiar¹²; su normatividad hace énfasis en denominarla como aquellas contribuciones de carácter obligatorio que afectan a un determinado y único grupo social y se utilizan para beneficio del propio sector que los aporta, lo cual implica una contraprestación directa al grupo de personas gravadas.¹³ Han sido varias las contribuciones reglamentadas, estas se encuentran presentes en diferentes sectores de la economía y del gasto social, evidenciando un aspecto relevante que señala la intervención del Estado. Se inicia con el gravamen a las exportaciones del Café, se pasa a la generación de recursos para la seguridad social y sigue muy dinámico en el sector de la agricultura y del petróleo¹⁴ sin nombrar otras también relevantes.

Las rentas parafiscales, como se observa, al momento de crearlas tuvieron presente implícitamente el sector sobre el cual estarían orientadas para su razón de ser, es claro que esta modalidad de obtener algún tipo de ingreso por el Estado incorpora una forma de intervención económica ya sea en el papel de dinamizador para la generación de productos, al aumentar el desarrollo industrial, fortalecer la capacidad de exportación o simplemente para lograr el recaudo de más recursos y destinarlos a sectores onerosos presupuestalmente, tal es el caso de la seguridad social donde a pesar del alto costo fiscal que genera no puede evitarse.

En consecuencia, se puede decir, que su naturaleza está en contribuir con la protección del Sistema proyectado en Colombia, y con ello evitar demandas contra el estado por el no pago; así mismo se puede tomar como una garantía a la política de salud consagrada en la Constitución Política de 1991.

¹² Ley 1150 de 2007, Artículo 23; 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.

¹³ Ley 222 de 1995, Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.

¹⁴ Fuente Contraloría General de la Nación en su Dirección de Estudios para el Sector Social 2009.

6. – Por incumplimiento de regulaciones de orden técnico en el proceso de exploración y explotación de minerales.

La finalidad de la causal consiste en hacer de la actividad minera una labor armónica con los principios y normas de explotación nacional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país.

Es muy común en el área de explotación minera el que se suspendan los trabajos por omitir o por el incumplimiento de normas a nivel laboral, ocupacional, ambiental y de calidad; situación que llevo al legislador a prever tales hechos, por tanto estableció una sanción para conductas recurrentes las causales se enfocan en algo característico¹⁵; también se halla en la política proteccionista que plantea el Estado, con principios de desarrollo sostenible en beneficio del bien común.

¹⁵ Ley 685 de 2001, artículo 112, se determinan las causales de caducidad en materia minera. -Por disolución de la persona jurídica -La incapacidad financiera que le impida cumplir con obligaciones contractuales y que se presume si al concesionario se le ha abierto tramite de liquidación obligatoria de acuerdo con la ley. - La no realización de los trabajos y obras dentro de los términos establecidos en este código o su suspensión no autorizada por más de seis meses continuos. - El no pago oportuno y completo de las contraprestaciones económicas - El omitir el aviso previo a la autoridad para hacer la cesión del contrato. - El no pago de las multas impuestas o la no reposición de la garantía que las respalda.- El incumplimiento grave y reiterado de las regulaciones de orden técnico sobre la exploración y explotación mineras, de higiene, seguridad y laborales, o la renovación de las autorizaciones ambientales necesarias para sus trabajos y obras. - La violación de las normas sobre zonas excluidas y restringidas para la minería. - El incumplimiento grave y reiterado de cualquiera otra de las obligaciones derivadas del contrato de concesión.- Cuando se declare como procedencia de los minerales explotados un lugar diferente al de su extracción, provocando que las contraprestaciones económicas se destinen a un municipio diferente al de su origen. Los anterior sin perjuicio de las acciones legales que procedan en contra del concesionario y de los funcionarios públicos que su conducta promuevan estos actos. - Cuando empresas o personas naturales en ejercicio de actividades mineras, contraten a personas menores de 18 años para desempeñarse en labores de minería tanto de cielo abierto como subterráneas.

FORTALEZAS QUE PRESENTA LA CLÁUSULA DE CADUCIDAD

Cuando se habla de fortaleza implica todas las actividades que se realizan con un alto grado de eficiencia; en consecuencia, se indaga sobre la indulgencia de la declaratoria de caducidad en los contratos con el Estado, en Colombia, determinando que el contrato estatal es el vínculo mediante el cual la entidad pública manifiesta su voluntad junto con el contratista de naturaleza jurídica o natural con el fin de ejecutar y cumplir los fines del estado contemplados en el art. 2 de la Constitución Nacional, y es a través de esta manifestación que se ejecutan programas y planes que promueven el beneficio de la comunidad, del interés general. Es por esto que fue creada la caducidad en los contratos estatales la cual tiene como fin proteger los intereses del estado plasmado en los contratos, cuando el contratista no ha cumplido con su ejecución, evitando el detrimento patrimonial del estado, materializándose como una sanción que puede dejar como consecuencia la inhabilidad para celebrar contratos estatales por un lapso de tiempo.

Con esto es importante, examinar algunas de las causales ya mencionadas y definir las fortalezas por las cuales la Administración puede declarar la caducidad a los contratos.

✚ POR COLABORAR EL CONTRATISTA CON GRUPOS AL MARGEN DE LA LEY

Son incuantificables los daños que los grupos al margen de la ley le han ocasionado al país, pues bien, se puede considerar que es adecuada la estrategia estatal de caducar contratos por colaboración con grupos al margen de la ley, máxime cuando, a lo largo de la segunda década del siglo XXI, este tema ha sido relevante, ante la expectativa del desarrollo del Proceso de Paz pactado entre el gobierno del presidente Juan Manuel Santos, que impulsó los diálogos de paz para la terminación del conflicto armado con el grupo de las Fuerzas Armadas Revolucionarias FARC, y que pretendió hacer lo mismo con otros grupos insurgentes como el ELN y el EPL, ante el advenimiento de un nuevo gobierno¹⁶.

En medio de estas circunstancias y, en procura de los intereses del Estado por proteger el bien colectivo en Colombia – soberanía - se plasmó en el marco de la contratación como una de las causales de caducidad el hecho de que un contratista se vea inmiscuido en asuntos que tengan que ver con los grupos denominados al margen de la Ley.

¹⁶ con más de siete millones de víctimas en su historial y los consecuentes efectos psicológicos en las víctimas y el resto de la sociedad, cuya responsabilidad se distribuye en las partes en conflicto incluyendo al mismo Estado. La acción de los grupos al margen de la ley aterroriza a buena parte de la población civil, a causa de “desplazamiento de población, despojo de tierras, secuestro, extorsión, reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes, tortura (...), asesinatos selectivos y masacres, amenazas, delitos contra la libertad y la integridad sexual, desaparición forzada, minas antipersonal(...) atentados contra bienes públicos”. (Heidi Ortiz Tamayo, 2015 Conflicto armado en Colombia: factores, actores y efectos múltiples).

Desde el perfil legislativo puede señalarse que, este tipo de causal busca evitar la incursión en conductas delictivas, generadas de esta relación, que puedan poner en riesgo no solo la ejecución del objeto contractual sino a la misma entidad, al dejarla expuesta a estos grupos y sus actos delincuenciales. También, se puede pensar que, incluso, se tiende a prevenir que la entidad contratante se vea involucrada indirectamente con los grupos armados al margen de la ley, sea el caso de algunos acaldes y autoridades seccionales que han sido motivo de investigación por presuntos nexos con la guerrilla.

Por lo tanto, lo que se pretende con esta causal es evitar que el estado tenga que incursionar en más acciones legales o administrativas para terminar un contrato de manera anormal, pudiendo prevenir a las posibles partes a través del conocimiento de la ley entregado a la población, es decir, que conozcan el significado de dicha premisa y así se pueda evitar tales acciones, ya que para nadie es un secreto primero, que en Colombia existan dichos grupos, y segundo, que los nexos con tales constituyan un impedimento para ejercer la mayoría de actos legales y contractuales en nuestro país.

SER DECLARADO EL CONTRATISTA RESPONSABLE FISCALMENTE

En lo atinente a la responsabilidad fiscal que tendría un contratista, del cual resulte un alcance en su contra, según lo plasmado en la Ley 610 de 2000, Artículo 61; la cual se refiere a la caducidad del contrato estatal, cuyo texto trata: "...Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato (...)", se acude a lo jurídicamente consagrado en la sentencia C – 909 de 2007, de la Corte Constitucional, para hacer protuberante la figura de la "Descentralización por colaboración en las funciones públicas de carácter judicial". Sea el caso de los servicios públicos, "cuando la administración pública no asume la prestación de determinados servicios, puede ocurrir que la ley autorice a los particulares para que tomen a su cargo la actividad respectiva, presentándose, entonces, la figura de la descentralización por colaboración, autorizada mediante los artículos 1º., 2º., 123, 209, 210 y 365 de la Constitución Política".

Aquí, igualmente, la causal se orienta a que si el contratista ha sido declarado responsable fiscalmente, demuestra que presenta un comportamiento de sustracción a las normas, lo que analógicamente si se lleva al cumplimiento de obligaciones contractuales también puede incumplir con las mismas, entonces al ver esto la autoridad administrativa puede prevenir la sustracción de obligaciones dentro de la ejecución contractual. Esta medida puede considerarse como una fortaleza al interior de la gestión pública en virtud a que el Estado ubica al contratista como parte del proceso de la política descentralizadora en materia territorial y de prestación de servicios públicos, de acuerdo al objeto del contrato, por cuanto puede recibir la sanción directamente de la autoridad administrativa correspondiente y se toma como una contribución con la seguridad de la primacía de los intereses públicos o sociales.

Frente al contrato y como se anotó en líneas anteriores, se pretende evitar que el contratista endeudado con el Estado, al sustraerse de dicha obligación, no ejecute contratos con el estado, lo que presupone que la ventaja como tal de esta causal sería evitar que el estado ejecute contratos en los cuales pueda haber no solo la declaratoria de caducidad sino que haya un perjuicio en la ejecución de dicho contrato porque el contratista no cumplió con sus obligaciones.

Es decir se asegura de cierta manera el cumplimiento de la ejecución de actividades contractuales al no contratar con personas jurídicas o naturales que no presenten dicho antecedente, en el presupuesto de la etapa de planeación contractual, y en cuanto a la etapa de ejecución contractual se estaría evitando que existan perjuicios en contra del estado por no ejecución de actividades contractuales.

POR EL NO PAGO DE OBLIGACIONES PARAFISCALES

La seguridad social en Colombia, como derecho constitucional, se ve contribuida en el año 2003, con la aprobación de la Ley 828, donde se obliga a las entidades estatales incluir en la celebración de contratos, como obligación contractual, el cumplimiento del contratista frente al Sistema de Seguridad Social Integral, parafiscales (Cajas de Compensación Familiar, Sena e ICBF). Reza el texto de la referida ley, que, “el incumplimiento de esta obligación será causal para la imposición de multas sucesivas hasta tanto se dé el cumplimiento, a cláusula que incorpore esta obligación hacia futuro”. La ejecución de la ley es una garantía a la política de salud consagrada en la Carta Magna de 1991.

Ante la dependencia del beneficio económico de dichas entidades, producto de las obligaciones parafiscales, el incumplimiento a tales pagos, estaría violando principios tales como la armonía y colaboración entre entidades, además de la sustracción a un deber legal.

La entidad contratante, por lo tanto, no puede permitir la irregularidad de tal obligación por parte del contratista, obligación que, si bien, está inmersa dentro de la ley, como también lo puede estar contemplada dentro de la misma minuta contractual o de los demás documentos que hacen parte del proceso, como estudios previos y pliegos de condiciones. Por lo que dicha causal estaría encaminada primero al cumplimiento de una obligación legal y contractual y segundo a contribuir con los principios de colaboración y armonía entre entidades públicas.

Aquí se puede apreciar en una fortaleza para el Estado en el apoyo del sistema destinado a proporcionar protección integral a los habitantes del territorio nacional; es un derecho de carácter irrenunciable, que garantiza la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte (pensiones), salud y riesgos profesionales. Esta obligación debe ser vigilada por las entidades del Estado para poder proceder ante el incumplimiento del contratista o mora en el pago de esta obligación, que supere los cuatro meses, la entidad le declarará la caducidad al contratista.

Proteger al estado de futuras demandas de responsabilidad laboral, como consecuencia de la responsabilidad solidaria que existe entre subcontratistas y de un contrato estatal.

Garantizar los derechos laborales de quienes son subcontratistas en un contrato de obra.

Esta causal en sí, se direcciona entonces, hacia dos fortalezas principales como son proteger al estado de futuras demandas laborales y proteger a los trabajadores en cuanto a sus derechos laborales.

POR NO PRORROGAR EL PLAZO EN LA GARANTIA DEL CONTRATO

La garantía contractual como su nombre lo indica, es un mecanismo de protección contra todas las posibles eventualidades que surjan dentro de la ejecución contractual, que ampare el incumplimiento, las prestaciones sociales, la calidad de los bienes, de la obra, etc.

Por tal razón si el contratista dentro de la suscripción de un otrosí de prórroga o adicional en dinero, no amplía la garantía inicial, deja sin amparo la prórroga o el adicional, dejando descubierto el resto de la ejecución contractual, entonces lo que se quiere establecer con esta causal es que al conocer el contratista y la entidad lo reglado se evite la comisión de tal conducta, pero si ya se ha cometido dentro de la ejecución contractual, es una sanción por haber dejado descubierto dicho lapso.

Otra postura se fundamenta con base en la aplicación del Decreto 679 de 1994, que buscó una garantía expedida por entidades aseguradoras o entes bancarios a fin de amparar todo el tiempo de ejecución del contrato hasta su liquidación, acción que difícilmente se conseguía debido en parte, a la cuantía del contrato que despertaba confianza en las compañías de este tipo de servicio. En virtud a la dificultad que encontraron los contratistas por conseguir el respaldo asegurador y crediticio -amparo los siniestros que puedan presentarse durante la ejecución de la etapa que inicia - para todo el tiempo de ejecución de la obra y de concesión¹⁷ se acudió a la redacción de Decreto 280 del 2002, reglamentario del Artículo 25, numeral 19 de la Ley 80 de 1993, para permitir que las certificaciones de estas garantías fueran entregadas, con características diferentes en cuanto a monto y duración, hecho que se puede mirar por considerarse como una posición acertada en la contratación para los intereses del Estado y los contratistas, quienes se veían imposibilitados para prolongar la garantía contractual. Se aclara que dentro del objeto del contrato debe quedar incluida la obligación de prórroga o de constituir una nueva. De no ser así, se proceda a la prórroga.

¹⁷ Mojica, Cortés Felipe Pablo 2008. Elementos para el diseño de un trámite de amigable composición en la solución de controversias contractuales entre particulares

De otro lado, El Consejo de Estado publicó, el 31 de julio, de 2014, a través de una sentencia, un tratamiento especial para la prórroga de un contrato estatal. Se dijo que el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en dicha sentencia, estableció que para prórroga de contratos con el Estado, debe llegarse a un acuerdo adicional por cuanto: La modificación del plazo contractual requiere de un contrato adicional, el cual no puede suscribirse una vez expirado el límite temporal original, so pena de nulidad absoluta, defecto que también se predicaba del pacto de prórrogas automáticas.

Las partes, de acuerdo con la situación de particulares del sector público, son las encargadas de analizar la conveniencia de ampliar los plazos fijados, siempre que no se encuentren vencidos.

La fortaleza de esta cláusula radica en que es una manera en la que el Estado puede dirigir y llevar un control sobre un contrato, en busca de una ejecución idónea, de manera oportuna y adecuada buscando un interés general en cuidado de los recursos del tesoro público. Puede decirse en definitiva que, la caducidad permite al Estado fiscalizar y tomar decisiones en procura del bien de la colectividad.

Se considera un panorama previsorio sin perjuicio de las partes, por cuanto el contratista puede conciliar a tiempo con el ente Administrativo sobre una nueva prórroga, además que las escalas de tiempo de ejecución para las garantías de cumplimiento permiten al contratista más oportunidades en su compromiso, gracias al fácil acceso y respaldo de otras empresas privadas que prestan el servicio de asegurador para este tipo de contratación. De aquí que esta circunstancia pueda denominarse como de “tratamiento especial”.

Por otro lado, la causal se orienta como fortaleza a amparar los posibles riesgos que surjan con la ejecución contractual, así como de no permitir que durante su ejecución se sigan presentando eventualidades que pongan en riesgo no solo la ejecución del objeto contractual sino que con dicho objeto se ocasionen perjuicios al estado, y a la comunidad, como es el caso del amparo por responsabilidad civil extracontractual.

POR NO PROTECCIÓN A LOS PROFESIONALES PARA LA INGENIERÍA NACIONAL

Colombia no se escapa a las catástrofes y tragedias obedecidas, afectando en el plano contractual sobre la carencia de planificación y deficiencia con la ejecución de contratos estatales, especialmente en lo que tiene que ver con la construcción de obras civiles. El Estado en procura de la protección al ejercicio de la Ingeniería Nacional, desfundó su esquema legal, en el que, además se busca el ejercicio ético la profesión y asegurarse que los trabajos se ejecuten con la idoneidad y el profesionalismo requerido. Este hecho podría considerarse como parte de una medida de evitar catástrofes en obras civiles como la construcción de embalses,

puentes, edificios y demás estructuras, como lo acaecido en las últimas décadas con las tragedias por derrumbamiento de obras. (Publmetro-Colombia, Enero 16 2018, Top 5: derrumbes de estructuras por errores en la construcción)

Para este análisis, se parte del principio que la contratación estatal es el lazo mediante el cual la entidad pública manifiesta su voluntad junto con el contratista de naturaleza jurídica o natural, con el fin de ejecutar y cumplir los fines del estado contemplados en el art. 2 de la Constitución Nacional, y es a través de esta manifestación que se ejecutan programas y planes que promueven el beneficio de la comunidad, del interés general.

Es en esta relación donde el contratista para poder prestar sus servicios profesionales debe tener una acreditación especial para poder ejercer, para este caso el de los ingenieros.

Es entonces como la importancia de esta causal se enfoca en precaver los riesgos que al no ejercer una profesión en debida forma, o al carecer de las calidades requeridas para ejercer una actividad, en este caso la ingeniería, se dirige hacia el interés general, su protección y el cumplimiento de los fines del estado.

INCUMPLIMIENTO DE REGULACIONES DE ORDEN TÉCNICO EN EL PROCESO DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE MINERALES

La eficiente exploración técnica y la explotación del sector de la minería que pertenece al Estado y a los particulares, merece una atención especial y la contratación en esta actividad ofrecen varios ítems para la caducidad, acorde a la ley. La indulgencia es hacer de la actividad minera una labor armónica con los principios y normas de explotación nacional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país.¹⁸

Aquí, son varias las causales de caducidad para el ejercicio minero dentro del contrato de concesión de minas, lo que merece una atención particular, en razón a que las causales relacionadas anteriormente en el tema de minería, se enfocan en algo exclusivo.

En términos generales se señala que, para la caducidad del contrato se contempla una previa resolución de trámite en el que se señala las causas de la ocurrencia del concesionario, quien tendrá un periodo de tiempo para corregir la falta, y los funcionarios deben proceder en un plazo no mayor de 10 días. Puede decirse que

¹⁸ Ley 685 de 2001, Artículo 112, hace referencia, al incumplimiento de regulaciones de orden técnico en el proceso de exploración y explotación de minerales (higiene, seguridad y labores, o la revocación de las autorizaciones ambientales para sus trabajos y obras – violación a las normas sobre zonas excluidas y restringidas para la minería (...)).

es un mecanismo que busca no poner en legalidad al contratista, en el cumplimiento de la Ley, sin perder de vista la protección del medio ambiente. En la actualidad se debate en distintos niveles y ámbitos sociales los impactos ambientales que genera la minería.

A lo largo de los años se han producido distintos desastres ambientales asociados a este sector económico, normalmente causados por las malas prácticas llevadas a cabo durante esta actividad. Entre los principales impactos que puede originar la minería se encuentran: la destrucción de la corteza terrestre, la contaminación de las aguas, la afección a la flora y fauna del entorno próximo a la explotación minera y los efectos negativos en la salud humana de las poblaciones próximas a la mina (aunque en ocasiones estos efectos pueden extenderse más).

Siendo así, lo que plantea la causal es el cumplimiento en todos los aspectos en especial en el área de seguridad, siendo uno de los requisitos indispensables y determinantes en la industria minera y que en una buena medida logrará mantener en el tiempo garantizando derechos constitucionales colectivos, a través de una práctica legal; al igual que la protección al medio ambiente.

DEFICIENCIAS DE LAS CAUSALES POR LAS CUALES LA ADMINISTRACIÓN PUEDE DECLARAR LA CADUCIDAD A CONTRATOS

Se ha tratado en este artículo, que la caducidad contractual es un atributo Estatal que confiere a la Administración la facultad de terminar anticipadamente un contrato cuando se presentan los límites materiales y temporales jurisprudenciales o por otras causas legales especificadas en la normatividad. El incumplimiento cualificado es un patrón legal inevitable al declarar la caducidad y aún así, existiendo esta cualificación, un gran sector de la doctrina apoya la postura de que la entidad contratante no está obligada a declararla.

POR COLABORAR EL CONTRATISTA CON GRUPOS AL MARGEN DE LA LEY

Como se anotó con anterioridad, el Estado colombiano, en los años de conflicto, ha mostrado su decisión por combatir los grupos al margen de la Ley. Por eso, uno de sus mecanismos fue plasmado en la reglamentación sobre la contratación estatal, con la Ley 80 de 1993.

Con la interpretación de las causales de caducidad, se cuestiona el principio y fines de los que se reviste la contratación estatal. En consecuencia, en cuanto a la causal denominada **“Por colaborar el contratista con grupos al margen de la ley”**, juristas acuden a la “Ley de Orden Público¹⁹”, que faculta a la Administración a declarar la caducidad contractual. Aquí, trata, sobre el hecho de que el contratista ceda a amenazas de la delincuencia organizada o de los grupos de guerrilla, y en virtud de ellas colabore con los mismos o cuando no haya amenazas, por la sola circunstancia de no denunciar los hechos punibles que dichos delincuentes o guerrilleros hayan cometido y que el contratista haya

¹⁹ Ley 104 de 1993, Artículo 82, El Gobierno podrá declarar la caducidad o la liquidación unilateral o buscar la liquidación bilateral de todo contrato celebrado por una entidad pública, cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato, en cualquiera de las siguientes causales:

1. Hacer, tolerar u omitir alguna cosa invocando o cediendo injustificadamente a amenazas por parte de la delincuencia organizada o de grupos guerrilleros.
2. Recibir, suministrar, administrar, invertir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a la delincuencia organizada o a grupos guerrilleros.
3. Colaborar o prestar ayuda a la delincuencia organizada o a grupos guerrilleros.
4. 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 la delincuencia organizada, de los grupos guerrilleros o de sus miembros.
5. Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de la delincuencia organizada, de los grupos guerrilleros o de sus miembros.
6. Incumplir el deber de denunciar hechos punibles cuya comisión haya conocido con ocasión del contrato, que sean cometidos por integrantes de la delincuencia organizada o por grupos guerrilleros.

conocido con ocasión de la ejecución del contrato. Esta norma, al analizarla refleja que posteriormente, fue demandada y fue declarada exequible.

Si bien es cierto, en Colombia el Gobierno da prioridad al orden público, “se aparta de la declaratoria de la caducidad contemplada en el estatuto contractual que (...) está supeditada solamente al incumplimiento del contratista, pero dentro de la relación contractual con la Administración, incumplimiento de sus obligaciones dentro del contrato (...)”. El analista jurídico manifiesta que, lo indicado en el Artículo 86 de la citada Ley²⁰, para la declaratoria de caducidad, tiene un origen externo al contrato mismo -. La norma 1875 de 1992²¹ ya fue declarada exequible -. (apuntes sobre la caducidad de los Contratos estatales en el Régimen jurídico Colombiano).

A su turno, se aprobó la Ley por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia²² y el artículo 90 enfatiza sobre las sanciones a contratistas y reitera en su texto la causal de liquidación de un contrato con la Administración²³.

Desde una posición imparcial, se puede citar el término de drástico y que bien podría pensarse que el contratista queda “entre la espada y la pared”, en las circunstancias que se encuentra. Se diría que cualquier situación con las causales anotadas, en este caso, son externas a los términos contractuales que hablan de caducidad; aunque, el término que emplea Mojica es más osado, quien califica como “una medida *intimidatoria* hacia los contratistas, es una advertencia en el sentido de que no debe haber colaboración de ningún tipo -así sea bajo la figura

²⁰ Ley 104 de 1993, Artículo 86, ...En todo caso para decretar la caducidad o la terminación unilateral prevista en esta Ley, sólo podrán invocarse conductas realizadas con posterioridad a la fecha de vigencia del Decreto Legislativo 1875 de 1992

²¹ Decreto Legislativo 1875 de 1992 **por el cual se dictan normas de conmoción interior sobre contratos y sanciones aplicables a los contratistas.**

²² LEY 418, del 26 de diciembre de 1997.

²³ LEY 418, del 26 de diciembre de 1997; artículo 90 > El Gobierno podrá declarar la caducidad o decretar la liquidación unilateral de todo contrato celebrado por una entidad pública, cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato y en relación con las Organizaciones Armadas al margen de la ley, en cualquiera de las siguientes causales:

1. Ceder injustificadamente ante las amenazas proferidas por dichas organizaciones.
2. Recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a tales organizaciones o colaborar y prestar ayuda a las mismas.
3. 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 dichas organizaciones.
4. Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de dichas organizaciones.
5. Incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichas organizaciones, conocidos con ocasión del contrato.

de la amenaza -, la omisión de denuncia de hechos punibles cometidos por la delincuencia organizada o por grupos guerrilleros al margen de la Ley, e incluso la paralización o suspensión de las obligaciones contractuales por influencia de dichos grupos, pues ello traerá como consecuencia para el contratista la declaratoria de la caducidad”. (Mojica Cortés,2008, apuntes sobre la caducidad de los Contratos estatales en el Régimen jurídico Colombiano).

Dicha causal referencia matices en cuanto a sus debilidades como son:

Que no se evidencie el vínculo con los grupos al margen de la ley.

Que no se dé la aplicación de la causal por el grado de corrupción el simpatizar frente a dichos grupos en algunas regiones, o Por temor a represalias.

SER DECLARADO EL CONTRATISTA RESPONSABLE FISCALMENTE

Varias son las opiniones y conceptos que afluyen al hacer mención a la relativa exageración con que se plasmó la caducidad de contratos estatales, ocasionado por los Alcances Fiscales, iniciada con la Ley 42 de 1993²⁴ (la Ley 80 de 1993 no la contempló) y estas opiniones le dan el calificativo de impreciso, en virtud a que los motivos o causas que pudieran llevar a que las contralorías soliciten a las autoridades de la Administración la imposición de una sanción que termine en caducidad contractual, pueden distanciar en sentido salomónico. Parte de la ambigüedad de la norma es que hablaba de una caducidad del contrato y no tiene en cuenta la expiración del plazo para su ejecución o tiempo de su liquidación. En efecto, la Ley 42 del 93, en su artículo 86²⁵ expresó los juicios fiscales que se deben formular al contratista del Estado, pero fue derogado por el Artículo 68 de la Ley 610 del 2000²⁶, que se refirió explícitamente, “a la condición de no haber expirado el plazo o liquidación del contrato”.

Puede constituir una falta el ser declarado responsable fiscalmente, pero ello implica que por acciones ajenas a la ejecución contractual se afecte directamente, no solo dicha ejecución sino el cumplimiento de los fines del estado al ser declarada dicha caducidad.

²⁴ Ley 42 de 1993 Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen

²⁵ Ley 42 de 1993, **Artículo 86º.- Derogado por el art. 68 Ley 610 de 2000**, Cuando en un proceso fiscal un contratista resultare responsable, los organismos de control fiscal solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente la imposición de la sanción respectiva. Para estos efectos la sanción será causal de caducidad del contrato.

²⁶ Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

✚ POR EL NO PAGO DE OBLIGACIONES PARAFISCALES

Es un deber ineludible del contratista del Estado cumplir con las obligaciones de demanda frente a parafiscales²⁷, las normas establecen que el proponente y el contratista deben acreditar que se encuentran al día en el pago de estos.

Cuando la ley habla que las entidades estatales, en la liquidación del contrato, deben verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista, frente a los aportes del Sistema de Seguridad Social, y que acudirá a la caducidad del contrato si éste ha dejado de aportar por más de un periodo de cuatro meses, “la norma tiene una redacción confusa”, afirma Mojica Cortés, al señalar que este da pie para permitir dicha declaratoria incluso durante la etapa de liquidación contractual, tiempo que no podría hacerse al amparo de la ley porque en este ya se ha cumplido el objeto contractual. Recuerda Mojica que los contratos solo se pueden liquidar después de su terminación. (Mojica Cortés, 2008, apuntes sobre la caducidad de los Contratos estatales en el Régimen jurídico Colombiano.)

De otro lado, la imposición de multas previstas en la Ley, que es un recurso apropiado, evitaría la caducidad del contrato en donde no solo pierde el contratista sino, a la par, el contratante por los perjuicios en factor tiempo y oportunidad. Mojica se refiere a que este requisito, igualmente, debía aparecer en el registro de proponentes de la entidad estatal.

✚ POR NO PRORROGAR EL PLAZO EN LA GARANTIA DEL CONTRATO

Se entiende, a groso modo, que el propósito de la garantía de cumplimiento de un contrato estriba en avalar, en tiempo y calidad, las condiciones contractuales del documento y se otorga para el sector público en la ejecución de una obra u otro tipo de servicio. Aquí, la póliza se le otorga al beneficiario, que es una entidad estatal la cual busca asegurar una obra adecuada o un servicio eficiente. Con cargo a esta póliza se podrán efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista.

En este sano propósito que busca el bien común, se consagró la Ley 80 de 1993, artículo 25, numeral 19, el cual abordó la figura de garantía; este numeral fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007; y reglamentado por los Decretos Nacionales 280 y 2790 del 2002. En esa derogación, producto de la necesidad de ajustar la norma, se formaliza la definición de los diferentes tipos de contratos, entre otras modificaciones; pero el punto principal para este aspecto es que la “garantía se extiende vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos (...)”. Para ser más exactos, el Decreto 280 de

²⁷ Artículo 50 de la Ley 789 de 2002, parágrafo 2, modificado por el artículo 1 de la Ley 789 de 2002. Así mismo, el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007

2002, artículo 25, numeral 19 de la Ley 80 de 1993, dejó la traza sobre el evento de que se establecieran garantías para los contratos de obra o de concesión, que hayan de ejecutarse por etapas continuadas y diferenciadas la una con la otra, por el monto y duración de la respectiva etapa.

En este contexto, la responsabilidad del contratista de prorrogar la garantía contiene algunos inconvenientes por cuanto esta parte muestra voluntad por cumplir con el pacto contractual, pero dicha prórroga depende de un tercero (entidad aseguradora o bancaria aseguradora), circunstancia que medió la Administración, pero que no es una medida que brinde cabal solución (prórrogas automáticas y ejecución por etapas).

Es posible que al declarar la caducidad en un momento determinado a causa de este motivo se pueda ver algún tipo de traumatismo en cuanto a la ejecución contractual y quedar de alguna manera a medias, una ejecución incompleta que ocasione más perjuicios que beneficios.

POR NO PROTECCIÓN A LOS PROFESIONALES PARA LA INGENIERÍA NACIONAL

Remembrando, la Ley 64 de 1978²⁸, en su inciso segundo, el Estado exige a quienes contratan, dirigen y ejecutan las obras civiles y otros, la matrícula profesional de ingeniería y arquitectura que los acredita como competitivos de su ejercicio, con título en educación superior; oficialmente se entiende este requisito como una protección a la ingeniería nacional, so pena de ser sancionados con la caducidad de los contratos. Pero existe un asidero que desactiva el contexto de dicha norma, es el nuevo Estatuto de Contratación. Aquí debe considerarse que, “los procesos de selección objetiva actualmente aplicables, difícilmente permitirán que se dé una circunstancia como la planteada por la norma, pues carecería de sentido, por ejemplo, adjudicar un contrato de obra para la construcción de un edificio a quien no es arquitecto o ingeniero o a aquel que no acredita estudios superiores similares para desarrollar el objeto del contrato”.(Mojica Cortés,2008, apuntes sobre la caducidad de los Contratos estatales en el Régimen jurídico Colombiano.)

El sentido de la norma exige transparencia al contratista, y se cumple con el principio de buena fe. Se resalta el hecho que la Administración tiene, entre sus tantas obligaciones, la de comprobar si es verdad lo informado por el proponente contratista, tarea que debe realizarse antes del “perfeccionamiento del contrato e incluso durante su ejecución, para prever tal circunstancia desde la adjudicación misma del contrato”.

²⁸ Ley 64 de 1978, Por la cual se reglamenta el ejercicio de la Ingeniería, la Arquitectura y profesiones auxiliares.”

Tal circunstancia nos demuestra una cierta inseguridad jurídica, en cuanto a la selección del contratista, de una manera equivocada, y que al momento del cumplimiento del contrato se vislumbra de manera tardía, poniendo en riesgo la ejecución del mismo con sus consecuencias legales y fácticas.

INCUMPLIMIENTO DE REGULACIONES DE ORDEN TÉCNICO EN EL PROCESO DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE MINERALES

La legislación en materia de minas tiene su asidero en la Ley 685 de 2001, artículo 112; adicionado por el artículo 9 de la Ley 1382 del 2010²⁹. Aquí, en el proceso de regulación de concesión de minas, se hace referencia a la terminación del contrato por la declaratoria de caducidad en 10 temas puntuales señalados con anterioridad en este artículo.

Se puede considerar que estas causales de caducidad son, de cierta manera, blandos en el cumplimiento de la ley, en la disposición de los ordenamientos en procura el bien común, máxime cuando se trata de la explotación de los recursos naturales a cargo de particulares, llámese multinacionales o empresas locales, entre otros contratistas. De ahí que se precisa de nuevos requisitos legales.

En efecto, es inminente un fortalecimiento legal en el marco de las causales de caducidad, que harían parte de un documento contractual pactado. Al respecto señala Isabel González Salazar³⁰, refiriéndose sobre la necesidad de un proyecto de ley que modifique el Código de Minas, basado en la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1382 del 2010 y la implementación de nuevos requisitos técnicos, en los cuales se incluyen las causales de caducidad:

Los requisitos que se le pretenden adicionar a la propuesta de contrato de concesión, están concebidos con la pretensión de realizar los proyectos mineros fomentando los estudios iniciales técnicos y económicos, para determinar los efectos o impactos de naturaleza directa, indirecta, externa e intangible (...). En cuanto a la valoración económica y demostración de capacidad legal, pueden existir elementos perceptibles con beneficio para la autoridad minera, pues se podrá determinar el pago de las obligaciones de tipo económico a cargo de los titulares, una vez se les otorgue el contrato de concesión. (González, Salazar Isabel. 2014 Pg. 80.)

²⁹ Ley 685 de 2001, Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones) artículo 112> *Caducidad*. El contrato podrá terminarse por la declaración de su caducidad, exclusivamente por las siguientes causas...) adicionado por el artículo 9 de la Ley 1382 del 2010, "por el cual se modifica la ley 685 de 2001 código de minas"

³⁰ González, Salazar Isabel. 2014 Pg. 80 La concesión minera en Colombia: un análisis desde el marco normativo y regulatorio frente a los principios de seguridad y estabilidad jurídica, Universidad del Rosario.

Sobre la iniciativa que proyecta el gobierno Nacional de modificar la Ley 685 del 2001, existen motivos suficientes debido a algunas fragilidades que los especialistas han hallado, en lo atinente a la cesión de derechos y obligaciones. Curiosamente, Salazar indica que en el proyecto citado, igualmente, tiene desaciertos y debilidades, cuando se habla del evento de crear un reglamento de contratación para cada tipo de áreas especiales. “como son las áreas especiales de evaluación técnica, áreas especiales estratégicas y áreas de formalización minera, sería proliferar de reglamentos, códigos y normatividad de minas que atentaría contra la seguridad jurídica”. (González, Salazar Isabel. 2014 Pg. 80.)

Retomando el tema puntual de la caducidad, el proyecto en cuestión, en su artículo 9, adiciona un párrafo al artículo 52 de la Ley 685 de 2001, que fija o determina que el plazo para suspender los compromisos contractuales por la ocurrencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, en ningún caso podrá exceder el término de dieciocho (18) meses, contados a partir de la presentación de la solicitud, el cual será prorrogable por una sola vez. Ante lo anterior, la investigadora Salazar manifiesta que es incomprensible “pues se trata de un hecho irresistible e imprevisible cuyos efectos no se pueden pronosticar, limitar, cesar o acabar cuando la administración lo determine, y por ello la jurisprudencia determina que se eximen de responsabilidad”.

PROPUESTAS DE SOLUCIÓN FRENTE A LAS DEFICIENCIAS POR LAS CUALES LA ADMINISTRACIÓN PUEDE DECLARAR LA CADUCIDAD A CONTRATOS

Al intervenir en el complejo aparato legislador colombiano se detectan algunas inconsistencias en lo que tiene que ver con la formulación de los supuestos de causalidad que habilitan a la Administración (cláusulas exorbitantes) a la toma de decisiones para declarar dicha caducidad contractual. Aquí juega papel importante la interpretación y aplicación de los instrumentos legales en la contratación estatal, referenciada inicialmente con la Ley 80 de 1993, Artículo 18, donde se busca garantizar que el Estado tenga el control y dirección de este tipo de contratos públicos, es decir tener ciertas ventajas de interés constitucional en procura del bien común. Es por esto que se plantean como propuestas de forma general y contextualizada a lo escrito en este artículo las siguientes.

Generación de consciencia legal

Aunque en principio, pueda parecer una utopía, por el contexto en el cual vivimos, se debe generar una consciencia legal frente a los contratistas y entidades estatales, de qué manera, instruyendo a las partes sobre las consecuencias legales y personales en las cuales estarían inmersos al ser declarada a la caducidad de un contrato, por un lado y por otro, al encontrar el origen que la generó.

Como es el caso de estar vinculada a un grupo al margen de la ley, aunque en principio pueda parecer utópico como se anotó, debido a que nuestra cultura asume dichos comportamientos como comunes, tendría que hacerse un cambio de chip, de tipo cultural, en especial en las zonas en donde predomina dicha acción, de manera instructiva y pedagógica.

Realizar Estudios de mercadeo

Una propuesta práctica que coadyuve a buscar la doctrina constitucional, consiste en que las entidades estatales deberían contar con estudios de mercadeo actualizados y ajustados a la realidad. En la práctica, se denota que, en ocasiones, por falta de información, los oferentes “accedan a contratos que les pueden generar un desequilibrio económico, al implicar precios o valores irrisorios para determinados bienes o servicios a suministrar”, afirman Luis Hernando Guarín Gamboa, en su análisis sobre vacíos en la contratación pública. El investigador señala que ya en la fase de ejecución de contratos se dan condiciones que afectan contra el principio de transparencia, al realizar actos modificatorios - otro sí – que permiten cambiar o redistribuir recursos que implican el aumento de recursos económicos disponibles “o presupuesto oficial adicional, ampliando en algunos casos, de manera intencional, el margen de utilidad del contratista”. Otra de las acciones a que se refiere Guarín consiste es la de la ampliación de tiempos de “prórroga”, que favorecen al contratista, pero que no fue

una condición prevista al momento de la licitación pública “lo cual claramente atenta contra el principio de igualdad de condiciones que promueve la Ley 80”.³¹

Proponer Límite Temporal

Se analiza, como propuesta la competencia temporal (variable tiempo). La propuesta consiste en una mayor determinación, para ser más acertados la cláusula penal y no caer en contradicción alguna y dejar sin base la normatividad.

Se requiere la exactitud a la competencia temporal en la que la Administración puede ejercer ese poder exorbitante de declarar la expiración del documento. Se insiste en que esto implica una mayor exactitud textual para definir ese límite temporal definitivo. “En relación con la competencia temporal para ejercer el poder exorbitante de declaración de la caducidad, el Consejo de Estado ha discurrido con suficiencia sobre este aspecto, pero sólo desde la óptica del límite temporal definitivo para su ejercicio, o sea, desde cuándo y hasta cuándo la administración puede hacer uso de ella”. Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, octubre 13, 2013CP.: E. Gil, Sentencia 2000-02857/24697, [Colom.]

Aquí se puede deducir que, la caducidad se puede hacer durante el tiempo del contrato o plazo de ejecución, situación que no lo contempló la Ley 80 de 1993, no se habló de un límite temporal que restrinja a la Administración. Igualmente, la jurisprudencia ha debatido sobre el particular, aunque no ha existido una explicación sólida.

“La Ley 80 de 1993 no contempla un límite temporal que restrinja a la administración -por este exclusivo factor- para ejercer el poder exorbitante de declaración de caducidad. De hecho, la jurisprudencia sí estableció un límite, pero solo para indicar que no procede con posterioridad al vencimiento del plazo del contrato -aunque el negocio jurídico siga en ejecución-, pero no restringió su ejercicio al interior del plazo que corre, salvo -claro está- por otros aspectos o requisitos que exige la norma para su ejercicio: que el incumplimiento de las obligaciones sea grave y paralice el servicio o amenace con hacerlo”. Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, octubre 13, 2013CP.: E. Gil, Sentencia 2000-02857/24697, [Colom.]

³¹ Cabe citar en esta interesante propuesta, justamente cuando se devela el flagelo de la corrupción que, por estos tiempos, vive Colombia, una cita textual sobre el particular: “Otro problema de corrupción identificado en el área de las contrataciones públicas es la utilización de excepcionalidades a los procesos licitatorios, aprovechándose del esquema de contratación del Estado para beneficiar intereses particulares. Adicionalmente, se encuentra que el sector empresarial tiende a buscar la realización de cambios a los términos contractuales a pesar de no existir suficiente justificación, con el único fin de lograr un incremento en el valor del contrato, dado que la ley permite ajustes del presupuesto hasta por un 50% del valor original del contrato” (Ramírez y Martínez, 2004).

De hecho, la jurisprudencia sí estableció un límite, pero solo para indicar que no procede con posterioridad al vencimiento del plazo del contrato, situación que ha creado toda una incertidumbre sobre el particular.

Idoneidad en la formulación de pliegos.

Otra propuesta que emerge es la de contar con personal idóneo, especializado en planeación de proyectos que se ajusten a las necesidades de la comunidad. Este factor es importante debido a que se menguarían los problemas que se originan en la fase de ejecución contractual y que tiene su origen en la formulación de los pliegos de condiciones y redacción de cada objeto contractual.

Para remediar esta situación en los procesos de contratación estatal es necesario la voluntad de conciencia en el buen ejercicio de la dirigencia política que adopten estrategias y reformas que permitan la fijación de reglas claras o explícitas que restrinjan la subjetividad en la interpretación y la discrecionalidad en su aplicación en su interpretación. Aquí, igualmente se requiere de funcionarios idóneos que den respaldo a los requerimientos que exigen los procesos de contratación estatales. Para eso, dice Guarín Gamboa, es necesario que a los funcionarios de la Administración se les genere “un alto nivel de satisfacción con sentido de pertenencia, ‘blindándolos’ contra posibles presiones, con factores protectores de la corrupción; tales como condiciones laborales dignas, adecuada remuneración, así como programas de incentivos y de bienestar, que den como resultante prácticas laborales más eficientes”. (Guarín Gamboa, 2013, Luis Hernando Guarín Gamboa, análisis vacíos en la contratación pública en Colombia).

Instrucción al contratista

Una propuesta relevante sobre la manera de terminar un contrato por una falta grave. Al contratista, en uso de su derecho a la defensa, se le debe instruir oportunamente y a conciencia sobre las causales de suspensión del acto.

Si bien, la Administración califica que exista una falta grave, y se toma la determinación de caducidad, el contratista es sorprendido de la terminación del contrato “sin que hubiera mediado procedimiento alguno sobre su conducta”. Éste no está advertido sobre su conducta; no se le solicita para explicarle los factores de su incumplimiento. “Esto hace que el proceder de la Administración no se ajuste a los procedimientos que establece el Código Contencioso Administrativo, de obligatorio cumplimiento por disposición del art. 29 de la Carta y 77 de la Ley 80 de 1993 y que con ello desconoció y vulneró fundamentalmente el derecho de defensa que estatuye el art. 35 de la normatividad examinada”. Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, septiembre 24, 1998 C.P. R. Hoyos Duque, Sentencia, 2000-1293 /14821[Colom.]

En consecuencia, en caso de declararse la caducidad del contrato, la Administración corre el riesgo de que su actuar no se ajuste a los procedimientos que establece el Código Contencioso Administrativo, de obligatorio cumplimiento

por disposición del art. 29 de la Carta y 77 de la Ley 80 de 1993, e incurre en el desconocimiento y vulneración al derecho de defensa que estatuye el art. 35 de la normatividad examinada.

CONCLUSIONES

Se parte de que el contrato estatal es un acuerdo de voluntades que busca modificar situaciones jurídicas de los intervinientes; esta voluntad hace referencia también a los intereses propios de cada una de las partes, ya que cada sujeto de derecho tiene sus propias pretensiones. Así mismo como mecanismo mediante el cual actúa la administración busca el bienestar de la comunidad, es decir, busca el cumplimiento de los fines estatales; por ello cuando se ejecuta un contrato es preciso que se cumpla con el fin pactado y que el resultado sea el previsto. Siendo esto cierto, a su vez, el Estado cuenta con una prerrogativa o privilegio para garantizar el interés general, cuando puede terminar un contrato donde él es parte y el contratista ha desplegado conductas o ha habido circunstancias que impiden el cumplimiento eficaz y adecuado del objeto contractual, lo que hace necesaria la intervención de la administración para garantizar ese interés el cual la legislación llevó a que se nominara cláusula de caducidad; esta cláusula, no es propia de la facultad sancionatoria. No se requiere el agotamiento de un procedimiento en donde contratista y terceros interesados, deban ser escuchados sobre su procedencia, pues ella debe obedecer a hechos objetivos que se deben alegar y demostrar en el acto administrativo que se profiera para ello y es este acto, el que le permite al contratista ejercer su derecho de defensa, ante la administración y la jurisdicción contencioso administrativa.

La caducidad es la capacidad dada a la administración para conceder la terminación de un contrato por hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afectan de manera grave y directa la ejecución del contrato y a partir de los cuales se hace evidente su paralización. En este sentido, se hace importante mencionar que no solamente el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del contratista, dentro del contrato y con las consecuencias antes enunciadas, dan lugar a la declaratoria de la caducidad, sino que además hay otras causales contempladas en la ley con el mismo efecto, imputables al contratista pero que tienen origen en circunstancias externas al objeto mismo del contrato, frente a las cuales muchos consideran que resulta desproporcionado la declaratoria de caducidad.

Respecto a esta postura también se indica que si la decisión compromete la voluntad de la administración o de la ley necesariamente estaremos frente a un acto administrativo, y que en el caso de los contratos estatales excepcionalmente va acompañada de la voluntad de un particular, puesto que el acuerdo entre las partes es el que determina el nacimiento y los efectos del acto.

Finalmente se expresa que los contratos estatales tienen el carácter de acto administrativo reglado teniendo en cuenta que la administración condiciona su actuar durante el trámite de la contratación a lo que expresamente regula la ley para estos casos y no puede decidir autónomamente como realizar la actuación, es decir se encuentra limitada al trámite especial consagrado para estos procesos.

-La cláusula de caducidad protagoniza la distinción entre contratos públicos y privados, como privilegio sancionatorio otorgado a las entidades públicas. La caducidad interviene con los demás poderes exorbitantes la teleología de la protección al interés colectivo, de ahí que se trate de una prerrogativa a favor de la administración, cuya finalidad siempre será el beneficio general en la celebración de un contrato estatal. En ese orden de ideas, su declaración no puede ser arbitraria, ni constituir un mecanismo de protección y coerción de los servidores públicos.

A pesar de estar enunciada en la ley 80 de 1993, de manera genérica, esta se extiende a otras normas especiales como son la ley 782 de 20012, ley 610 de 2001, ley 64 de 1978, decreto 679 de 1994, ley 828 de 2003 y ley 685 de 2001.

-La declaratoria de caducidad tiene implicaciones graves para el contratista, entre ellas: No puede participar en nuevos procesos de selección de contratistas, debe renunciar a los contratos que tenga en ejecución, no tiene derecho a indemnización en el contrato caducado. Dicha previsión se encuentra establecida en el artículo 18 de la Ley 80; el contratista que da lugar a la declaratoria de caducidad se hace acreedor a una sanción que lo inhabilita para celebrar negocios jurídicos con la administración. El término es de 5 años, según lo establece el inciso segundo del literal i) del artículo 8 del estatuto contractual, que establece: “Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución...” Finalmente, la declaratoria de caducidad también es constitutiva del siniestro de incumplimiento, lo que autoriza a la entidad estatal para cobrar el importe de la garantía única constituida en su favor por el contratista.

En cuanto a sus efectos es de resaltar que la declaratoria de caducidad genera consigo una serie de consecuencias jurídicas para el contratista, no habrá lugar a indemnización y por el contrario se hará acreedor de las sanciones e inhabilidades previstas en el estatuto, y adicionalmente, será constitutiva del siniestro de incumplimiento para efectos de la garantía existente.

Es importante mencionar que aunque el estatuto contractual no es claro en cuanto al trámite administrativo que ha de surtir para que tenga lugar la declaratoria de caducidad, cierto es que el mismo ha de sujetarse a unas reglas mínimas que respaldan el derecho fundamental al debido proceso del contratista. La oportunidad de la cual dispone la administración para declarar la caducidad, está comprendida desde el perfeccionamiento del contrato hasta cuando esté vigente la

relación contractual. Más allá del término ya referido, hay una falta de competencia temporal en la que la administración ha perdido sus facultades excepcionales, pues se entiende que ha sido agotado el objeto del contrato.

En este contexto, al nombrar los límites temporales o términos de este poder excepcional, se concluye que la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre vigente y no durante la etapa de la liquidación, teniendo en cuenta: los elementos de su definición legal; la finalidad de protección del interés público de esta medida excepcional; y que la etapa de liquidación del contrato no está concebida para la adopción de la caducidad del contrato y que 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.

-La caducidad comparte con los demás poderes excepcionales la teleología de la protección al interés colectivo, de ahí que se trate de una prerrogativa a favor de la administración, cuyo objeto siempre será el beneficio general en la celebración de un contrato estatal. En ese orden de ideas, su declaración no puede ser arbitraria, ni constituir un mecanismo de protección y coerción de los servidores públicos.

Si la declaratoria de caducidad resulta viable precisamente cuando se determina por parte de la Administración que el incumplimiento del contratista es de tal magnitud y gravedad que conducirá a la paralización del contrato; es decir, que irremediablemente no se cumplirá en el tiempo esperado y requerido con el objeto contractual, ello reconoce que el plazo de ejecución pactado en el mismo no se encuentre vencido, pues la lógica y dinámica jurídica de esos supuestos indica que no es posible que se afecte “la ejecución del contrato” y se presente su “paralización” cuando ya ha expirado o finalizado ese plazo para el cumplimiento regular y oportuno de las prestaciones que emanan de él. La caducidad supone, entonces, un contrato ejecutivo, en curso y de ningún modo un contrato ejecutado, cumplido o finalizado el plazo o el término fijado por las partes para llevarlo a cabo en oportunidad debida.

Así las cosas, teniendo en cuenta los requisitos de procedencia y la finalidad primordial de la figura de la Clausula de caducidad contractual, se evidencia que su ejercicio no tiene sentido alguno una vez vencido el plazo de ejecución del contrato, pues mal se procede al pretenderse terminar por la vía de la caducidad lo que ya se terminó por la vía de extinción del plazo, razón, entre otras, por la cual una vez que esto acontece se extingue la competencia de la administración para declararla.

- Por otro lado al declarar una causal de caducidad dentro de un contrato no siempre traerá consigo beneficios, puesto que al terminar un contrato, el cumplimiento de su objeto puede quedar inconcluso, lo que representa de por sí que no es siempre beneficioso para la entidad.

- La importancia de esta investigación radica en especificar las fortalezas y deficiencias de las causales a través de las cuales se puede declarar la caducidad en los contratos estatales y en aportar otras causales también relevantes y creadas jurídicamente para que el Estado puede dirigir y llevar un control sobre los distintos tipos de contrato, en busca de una ejecución idónea, de manera oportuna y adecuada prevaleciendo el interés general frente al cuidado de los recursos del tesoro público. Puede decirse en definitiva que, las causales de caducidad aportadas en este artículo permiten al Estado fiscalizar y tomar decisiones en procura del bien de la colectividad.

Esto con el objeto de frenar en el fenómeno de la corrupción dentro de la contratación gubernamental generando un problema evidente que debe enfrentarse y contagia a la celebración de contratos administrativos. Hoy día, más que nunca, la opinión pública se entera de los actos de corrupción al interior de los entes estatales, en donde los contratistas y los funcionarios se asocian para delinquir, desmembrando el erario público y por ende, afectando las condiciones económicas y culturales de la comunidad colombiana, como lo ocurrido con los llamados carruseles de la contratación que existieron al interior de un buen número de entidades del Estado, tanto a nivel nacional como departamental.

La caducidad de los contratos tiende a una seguridad pública, una regla de procedimiento y, en parte, a una prevención a los actos de corrupción, que conlleva a la responsabilidad penal por parte de los contratistas, se le antepone la labor fiscal y la responsabilidad de quienes tienen el compromiso de velar por los intereses del Estado, quienes, igualmente, deben recibir la sanción debida en caso del incumplimiento de sus funciones. Se ha visto por los diferentes años de gobierno que por la falta de información de la mayoría de la población y la poca acción por parte de las entidades estatales, se han omitido buenas acciones de defensa judicial, por ello se busca en el planteamiento del problema aportar herramientas estratégicas que permitan partiendo de la base del derecho público otras causales que son instrumento de defensa y organización para evitar una mala administración de los recursos, en donde se anteponen intereses particulares y desbordan el encargo para causar detrimentos patrimoniales no previstos.

-En cuanto a las fortalezas de las causales estas se orientan a prevenir situaciones de carácter legal en la que las entidades estatales se puedan ver perjudicadas, tal como evitar demandas en contra, incumplimientos normativos, entre otros, ya que al poner en conocimiento dichos preceptos los futuros contratistas se encuentran sobre aviso en el tema en cuestión.

-En tanto que las deficiencias se encaminan a la no aplicación de dichas normas por varias razones como por ejemplo, el grado de corrupción de las entidades, temor a represalias.

REFERENCIAS

Colombia, Ley 106 de 1873, por el cual se expide el Código Fiscal. Recuperado de <http://bdigital.unal.edu.co/5719/>

Colombia, Ley 57 de 1887, Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional. Artículo 1592 y ss. Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/personales/hbermude/leycontable/contadores/1887-ley-57.pdf>

Colombia, art 4, Ley 53 de 1909, Sobre términos administrativos y prescripción de ciertas acciones en cuanto a contratos celebrados con el Gobierno. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1606538>

Colombia, Ley 110 de 1912 Por el cual se sustituyen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1643363>

Colombia, Ley 167 de 1941 Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa. Recuperado de <http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1793577>

Colombia, Ley 28 de 1974, Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias en materia administrativa, y se dictan otras disposiciones. Recuperado de [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1584566?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1584566?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

Colombia, Decreto 150 de 1976, Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1708308>

Colombia, Decreto 222 de 1983, Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Recuperado de https://www.redjurista.com/Documents/decreto_222_de_1983_presidencia_de_la_republica.aspx#/

Colombia, Ley 828 de 2003, Modificada por el art. 36, Decreto Nacional 126 de 2010, en lo relativo a las multas, Por la cual se expiden normas para el Control a la Evasión del Sistema de Seguridad Social.

Colombia, Ley 80 de 1993, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

Guarín Gamboa, Luis Hernando, 2013, Vacíos en los procesos de contratación pública en Colombia, Universidad Militar Nueva Granada, (eds) Especialización en finanzas y administración pública, p 38. Bogotá. Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11090/1/ENSAYO%20VAC%20C3%8DOS%20EN%20LOS%20PROCESOS%20DE%20CONTRATACI%C3%93N%20P%C3%9ABLICA%20EN%20COLOMBIA.pdf>

González Salazar, Nubia Elizabeth, 2014, La concesión minera en Colombia: un análisis desde el marco normativo y regulatorio frente a los principios de seguridad y estabilidad jurídica, Universidad Colegio Mayor De Nuestra Señora Del Rosario (eds) Maestría en derecho administrativo, Bogotá. Recuperado de [http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/8987/52378961-2014.pdf?sequence=1http://bdigital.unal.edu.co/5719/.%20\(s.f.\)](http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/8987/52378961-2014.pdf?sequence=1http://bdigital.unal.edu.co/5719/.%20(s.f.)).

Penagos Botero, Andrea. (2005). el seguro de cumplimiento en la contratación administrativa, Universidad Pontificia Universidad Javeriana (eds) Facultad de Derecho, Bogotá. Recopilado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2056.pdf>

Colombia, Consejo de Estado (C.E.), Sección Tercera, septiembre 24, 1998 C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia, Rad. 14821). Recuperado de https://www.google.com/search?client=firefox-b&ei=L3RXW_6UBIq35gLj-Kdg&q=Esto+hace+que+el+proceder+de+la+Administraci%C3%B3n+no+se+ajuste+a+los+procedimientos+que+establece+el+C%C3%B3digo+Contencioso+Administrativo%2C+de+obligatorio+cumplimiento+por+disposici%C3%B3n+&oq=Esto+hace+que+el+proceder+de+la+Administraci%C3%B3n+no+se+ajuste+a+los+procedimientos+que+establece+el+C%C3%B3digo+Contencioso+Administrativo%2C+de+obligatorio+cumplimiento+por+disposici%C3%B3n+&gs_l=psy-ab.3...7627.10058.0.11634.19.8.0.0.0.0.0.1.0...0...1c.1.64.psy-ab..18.1.539.6..35i39k1.541.mSZLJZUTaol

Arango, J. C., & García, J. G. (2004). Aplicación de las cláusulas exorbitantes en los contratos estatales regulados por regímenes especiales. Aplicación de las cláusulas exorbitantes en los contratos estatales regulados por regímenes especiales. Bogotá, Colombia.

Mojica Cortés, Felipe. Pablo. (5 de Mayo de 2008). V/LEX COLOMBIA, Información Jurídica, Tributaria y Empreal. Obtenido de Algunos apuntes sobre la caducidad de los Contratos estatales en el Régimen jurídico Colombiano. Recopilado de <https://doctrina.vlex.com.co/vid/apuntes-caducidad-estatales-regimen-42488641>

Santofimio, J.O. (2007). Tratado de derecho administrativo. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez, L. (2015). Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá, Colombia: TEMIS.

Heidi Ortiz Tamayo, febrero, 2015 Conflicto armado en Colombia: factores, actores y efectos múltiples, Recuperado de http://www.elmundo.com/portal/noticias/derechos_humanos/conflicto_armado_en_colombia_factores_actores_y_efectos_multiples.php#.W06i1Dm23Mw

Corte Constitucional de Colombia (C.C) 31 Octubre, 2007 M.P.: C I Vargas, Sentencia C-909 de 2007 (Colombia)

Constitución Política de Colombia (C.P). Art 1, 2, 123, 209, 210 y 365, 6.Julio de 1991 (Colom).

Sentencia nº 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697) de Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Tercera, de 24 de Octubre de 2013

Colombia, Consejo de Estado {C.E.}, Sección Tercera, septiembre 24, 1998 C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia, Rad. 14821

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B Consejero Ponente: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, veintiséis (26) de junio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-2000-02151-01(26705)

Tribunal Administrativo De Antioquia Sala Segunda De Oralidad Magistrado Ponente: Gonzalo Zambrano Velandia, Radicación número: 05 001 23 33 023 2013 00557 01, veintidós (22) de noviembre de dos mil trece (2013)

PUBLIMETRO-COLOMBIA. Enero de 2018. op 5: derrumbes de estructuras por errores en la construcción. Recuperado de <https://www.publimetro.co/co/colombia/2018/01/16/top-5-derrumbes-estructuras-errores-la-construccion.html>

ALCALDÍA DE BOBOTÁ. (15 de Agosto de 2003). Ley 685 de 2001 Nivel Nacional. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9202>

ALCALDIA DE BOGOTÁ. (s.f.). LEY 42 DE 1993. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=289>

BECERRA SALAZAR, Á. D.10 de Mayo de 2011. Reforma a la Contratación Estatal, una mirada sin pasiones. Recuperado de

<http://contratacion-colombia.blogspot.com/2011/05/la-clausula-excepcional-de-caducidad.html>

Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Centro de Documentación Judicial, CENDOJ Biblioteca Enrique Low Murtra / BELM (2016) Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

Publimetro-Colombia, enero16 2018, Top 5: derrumbes de estructuras por errores en la construcción. Recuperado de <https://www.publimetro.co/co/colombia/2018/01/16/top-5-derrumbes-estructuras-errores-la-construccion.html>