

LA CLÁUSULA EXCEPCIONAL DE CADUCIDAD EN COLOMBIA

Angela Marcela Cadena Ortiz

Liseth Fernanda Caicedo Díaz

Luz Angela Salcedo Pérez

Universidad de Nariño – Universidad del Cauca

Maestría Derecho Administrativo

San Juan de Pasto

2019

LA CLÁUSULA EXCEPCIONAL DE CADUCIDAD EN COLOMBIA

Angela Marcela Cadena Ortiz

Liseth Fernanda Caicedo Díaz

Luz Angela Salcedo Pérez

**Trabajo presentado como requisito para optar al título de
Magister en Derecho Administrativo**

Universidad de Nariño – Universidad del Cauca

Maestría Derecho Administrativo

San Juan de Pasto

2019

Contenido

	Pág.
Introducción	6
1. Tema	9
1.1 Título	9
1.2 Planteamiento del Problema.....	9
1.3 Pregunta de Investigación	10
2. Justificación	11
3. Objetivos.....	13
3.1 Objetivo General	13
3.2 Objetivos Específicos	13
4. Metodología	14
5. Marco Teórico.....	15
5.1 Contrato Estatal.....	15
5.1.1 Marco General	15
5.1.1.1 <i>Concepto de Contrato Estatal</i>	15
5.1.1.2 <i>Clasificación de los Contratos Estatales</i>	16
5.1.1.3 <i>Etapas del Contrato Estatal</i>	17
5.1.2 Poderes Excepcionales	22
5.1.2.1 <i>Cláusulas Excepcionales según Doctrina y Jurisprudencia.</i>	22
5.1.2.2 <i>Clasificación de Cláusulas Excepcionales.</i>	25
5.1.2.3 <i>Competencia temporal</i>	28
5.2 Caducidad Contractual como Cláusula Excepcional.	32

5.2.1 Generalidades	32
5.2.1.1 <i>Concepto y Finalidad</i>	32
5.2.1.2 <i>De los efectos de la declaratoria de caducidad contractual y su aplicación.....</i>	33
5.2.2 Aplicación de la cláusula excepcional de caducidad en los contratos estatales según el Consejo de Estado	37
5.2.2.1 <i>Problema Jurídico</i>	37
5.2.2.2 <i>Polos de Respuesta</i>	37
5.2.2.3 <i>Sentencia Arquimédica</i>	38
5.2.2.4 <i>Diagrama línea jurisprudencial</i>	39
5.2.2.5 <i>Nicho citacional de la línea jurisprudencial</i>	41
5.2.2.6 <i>Desarrollo de la línea jurisprudencial</i>	42
6. Conclusiones	69
Referencias Bibliograficas	73

Lista de Figuras

	Pág.
Figura 1. Diagrama línea jurisprudencial.....	40
Figura 2. Nicho citacional de la línea jurisprudencial	41

Introducción

La contratación estatal se estableció como un medio para que el Estado haga efectivo el cumplimiento de los fines estatales. Frente a las grandes necesidades de la comunidad nacional, es apenas obvio que el Estado, con las entidades públicas con las que cuenta no se da abasto para atenderlas en debida forma, razón por la cual se ha considerado viable que se acuda a la colaboración de los particulares para lograr dicho objetivo.

Ahora, dado que a través de la contratación estatal con particulares, se les encomienda a éstos, se itera, el cumplimiento de fines estatales y el manejo de recursos públicos, se han establecido poderes excepcionales en cabeza de la entidad estatal, como administradora del patrimonio público, para que garantice el adecuado manejo del erario y el cumplimiento del objeto contractual.

En el catálogo de las cláusulas excepcionales se encuentra la de caducidad, identificada por la Jurisprudencia del Consejo de Estado como la más fuerte de todas, dado que conlleva el ejercicio del poder sancionatorio de la administración, implicando no sólo la terminación del contrato estatal sin lugar a indemnizaciones, sino la inhabilitación del incumplido para contratar con entidades estatales y abre la posibilidad de que el Estado haga efectivas las sanciones pecuniarias que por dicho concepto se hayan pactado.

Por los anteriores efectos, los presupuestos legales y jurisprudenciales han limitado el ejercicio de las cláusulas excepcionales, y en especial la de caducidad, al irrestricto respeto al debido proceso, del cual surgen criterios como el límite temporal para el ejercicio de la misma.

En ese sentido, si bien la norma que la consagra es clara al indicar que su aplicación tendrá lugar durante la ejecución del contrato, han surgido diferentes interpretaciones respecto de en qué etapas contractuales puede aplicarse; así pues, la Jurisprudencia del Consejo de Estado de

una parte, ha aceptado que es factible aplicarla en la etapa postcontractual, dentro del término de liquidación del contrato, por cuanto aún existen obligaciones pendientes por parte del contratista y la administración no puede renunciar a la potestad para declarar el incumplimiento, y de otra, ha sentado fehacientemente la imposibilidad de aplicarla en dicho interregno bajo la consideración que en ese escenario se desvirtuaría su finalidad, que no es otra que la de evitar la paralización del contrato.

En ese orden, surgió la necesidad de plantear la construcción de la presente línea jurisprudencial, en aras de identificar, a la luz de los pronunciamientos del Consejo de Estado, si es posible aplicar la cláusula excepcional de caducidad en el término de liquidación del contrato, durante el periodo comprendido entre los años 1999 a 2017; lapso dentro del cual, la Corporación en cita, a efectos de resolver la pugna en mención, comenzó a aplicar la Ley 80 del 1993, aun como paralela para resolver casos con hechos ocurridos en vigencia de la anterior normatividad que regulaba la materia.

Para responder el anterior cuestionamiento, previo al análisis jurisprudencial, se construyó un marco conceptual a fin de aterrizar diferentes aristas que enmarcan la cláusula de caducidad.

Para ello, se comenzó por hacer alusión a los contratos estatales, como medio a través de los cuales nace a la vida jurídica la potestad excepcional, la clasificación de los mismos para entender en cuáles es aplicable y sus etapas, toda vez que la discusión precisamente emerge en la comprensión de dicho concepto cuando la norma que consagra la figura en estudio indica que es aplicable durante la ejecución de los contratos.

En línea con lo anterior y con el fin de aterrizar el ejercicio, se hizo alusión de manera general a todas las cláusulas excepcionales, identificando finalmente las semejanzas y diferencias con la que es objeto del presente trabajo, esto es, la de caducidad.

Finalmente, previa acotación doctrinaria y jurisprudencial de lo que se debe entender como competencia temporal, se efectuó un marco especial respecto de la cláusula de caducidad, haciendo alusión no solo a su concepto sino también a los efectos que su declaratoria genera para las partes contratantes.

Ya en el desarrollo de la línea jurisprudencial, enfocada en la determinación de la factibilidad de aplicación de la cláusula de caducidad se encontró que en un primer momento, los pronunciamientos del Consejo de Estado consideraron pertinente dicha posibilidad en la liquidación del contrato, siendo reiterativo el argumento de que en esa oportunidad es cuando se evidencia por parte de la administración los incumplimientos, siendo el momento adecuado para entrar a determinar responsabilidades en caso de que se evidencien éstos, cuando aún existen obligaciones sin cubrir; sin embargo, partiendo del año 2008, la Corporación varió sustancialmente su postura, siendo enfática en sus pronunciamientos al advertir que dada la finalidad de la cláusula de caducidad, esto es, evitar la paralización del contrato, la aplicación de la cláusula de caducidad está vedada para la fase de liquidación, en tanto que ya no sería posible perseguir el cumplimiento efectivo del objeto contractual.

1. Tema

Cláusulas excepcionales en Contratos Estatales.

1.1 Título

La cláusula excepcional de caducidad en Colombia

1.2 Planteamiento del Problema

El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 regula la caducidad y sus efectos, estableciéndola como un instrumento de aplicación en los eventos en los que se esté frente a circunstancias que conlleven al incumplimiento de las obligaciones del contratista que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato.

En ese orden, si bien se encuentra claramente regulado que su aplicación tendrá lugar durante la ejecución del contrato, han surgido diferentes interpretaciones respecto de en qué etapas contractuales puede ejecutarse; así pues, la Jurisprudencia del Consejo de Estado de una parte, ha aceptado que es factible aplicarla en la etapa postcontractual, en el término de liquidación del contrato, por cuanto aún existen obligaciones pendientes por parte del contratista y la administración no puede renunciar a la potestad para declarar el incumplimiento, y de otra, ha sentado fehacientemente la imposibilidad de aplicarla en dicho interregno bajo la consideración que en ese escenario se desvirtuaría su finalidad, que no es otra que evitar la paralización del contrato.

Con lo anterior, resulta importante efectuar un estudio que nos permita establecer, a la luz de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, el espacio temporal de aplicación de la cláusula de caducidad en Colombia, en el periodo comprendido entre los años 1999 a 2017, dentro del cual, la Corporación en cita, a efectos de resolver esa discusión, comenzó a aplicar la Ley 80 del 1993,

aun como paralela para resolver casos con hechos ocurridos en vigencia de la anterior normatividad que regulaba la materia.

1.3 Pregunta de Investigación

¿Es posible aplicar la cláusula excepcional de caducidad en la etapa postcontractual dentro del término de liquidación del contrato, durante el periodo comprendido entre los años 1999 a 2017?

2. Justificación

El Contrato Estatal se ha concebido dentro del ordenamiento jurídico colombiano como el acuerdo de voluntades que surge entre la administración pública y un particular; o, entre dos entidades de carácter oficial, para la consecución de un determinado fin a cambio de una retribución, circunstancia que implica el cumplimiento de obligaciones y la adquisición de derechos de forma bilateral.

Por la especial característica que ostenta una de las partes -cuando el acuerdo se realiza con un particular-, dicho contrato se encuentra reglado por un régimen jurídico especial, que implica la concesión de poderes excepcionales en cabeza de la entidad estatal como administradora del patrimonio público.

Una de las principales diferencias con la contratación privada, radica en los poderes excepcionales que para la creación y ejecución del contrato ostenta el Estado, justificando su ejercicio bajo la concepción de que constituyen un mecanismo de preeminencia y protección del interés público; dichas facultades se encuentran regladas conforme a la Ley 80 de 1993, siendo entonces su aplicación ceñida a procedimientos preestablecidos y dentro de ciertos límites, aunado a las diversas interpretaciones que sobre dicha normativa ha efectuado el Consejo de Estado a través de sus pronunciamientos sobre la materia.

Sin embargo, resulta inquietante evidenciar cómo la misma Sección Tercera del Consejo de Estado no ha sido constante a la hora de establecer la comprensión de las etapas contractuales a las que hace aplicables las disposiciones del artículo 18 de la norma en cita, cuando indica que la aplicación de la cláusula excepcional de caducidad tendrá lugar para evitar o contrarrestar circunstancias que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato, indicando en unas

ocasiones que el espacio temporal aplica hasta la liquidación del mismo y en otras sólo durante su ejecución.

En ese orden, resulta preciso adelantar un estudio que permita establecer de manera clara y razonada cuales fueron las circunstancias que conllevaron al Consejo de Estado a adoptar disímiles posturas sobre un mismo tema, a fin de determinar con base en fundamentos interpretativos concisos, la temporalidad de aplicación de la potestad sancionatoria del estado en materia contractual, y en específico, la de declaratoria de caducidad.

3. Objetivos

3.1 Objetivo General

Determinar en qué etapa del contrato estatal se puede aplicar la cláusula excepcional de caducidad

3.2 Objetivos Específicos

- Enunciar qué es una cláusula excepcional.
- Precisar qué es la cláusula excepcional de caducidad.
- Determinar las etapas del contrato estatal.
- Establecer el comportamiento del Consejo de Estado frente a la aplicación temporal de la cláusula excepcional de caducidad.

4. Metodología

Para el desarrollo del presente trabajo se realizará una investigación con aplicación de la metodología cualitativa, a fin de comprender e interpretar el problema de investigación planteado desde el contexto de su punto de partida, esto es, las potestades excepcionales como poder en cabeza del Estado otorgado por expreso mandato de la ley dirigido a la temporalidad de su aplicación respecto del poder de declaración de caducidad del contrato.

Además, la metodología se acompañará de la estructuración de una línea jurisprudencial que evidenciará la postura asumida por el Consejo de Estado respecto de la aplicación de la cláusula excepcional de caducidad en las diferentes etapas del contrato estatal.

5. Marco Teórico

5.1 Contrato Estatal

5.1.1 Marco General

5.1.1.1 *Concepto de Contrato Estatal*

Para hacer un acercamiento al concepto de contrato estatal, conviene en primer lugar traer a colación la definición contenida por el Código Civil Colombiano para conceptuar la figura en esa área, misma que se encuentra en el artículo 1495 y en su tenor literal la comprende como un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Sobre el tema, la doctrina, también partiendo de la legislación civil, ha indicado que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, acuerdo en el que se predica la libertad contractual pero con respeto de los elementos esenciales del contrato y que una vez constituido genera derechos y obligaciones a cargo de cada una de las partes.

MATALLANA CAMACHO, ha dicho que es factible ejercer dicha libertad contractual “(...) *pero sin ignorar que esta libertad se encuentra limitada, por un lado, por el interés público con la imposición de las llamadas cláusulas excepcionales al derechos común, y por otro, en la selección del contratista*”. (Matallana, 2015).

Ya adentrándonos en el área administrativa o estatal, el contrato debe entenderse conforme a lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, texto que lo define como “(...) *todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)*”. (p.3)

Conforme a lo anterior, se entiende que el contrato estatal es el instrumento con el que cuenta la administración para lograr el cumplimiento de los fines del estado, mismo que la legislación

estatal ha clasificado acorde a sus finalidades, tal como se pasa a reseñar.

5.1.1.2 Clasificación de los Contratos Estatales

Según el Estatuto General de Contratación Estatal – Ley 80 de 1993- y su desarrollo jurisprudencial, los contratos estatales se clasifican y definen así:

- Contratos de Obra: Los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

- Contratos de Consultoría: Los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

- Contratos de prestación de servicios: Los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

- Contratos de concesión: Los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o

porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

- Encargos fiduciarios y fiducia Pública: Respecto a estos contratos, en la Ley 80 de 1993 no se los define, razón por la que se toma la definición de la jurisprudencia en la cual se expresa que:

Se trata de contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley. (SC 86, 1995)

5.1.1.3 Etapas del Contrato Estatal

En la actualidad, en la contratación pública en Colombia pueden distinguirse tres etapas principales del contrato, esto es, la precontractual, la contractual y la poscontractual, mismas que a su vez comprenden distintas actividades que van desde la elaboración de documentos previos hasta la finalización del vínculo jurídico generado con el acuerdo de voluntades, conforme se pasa a explicar.

i. **Etapa precontractual:** Enmarca todo lo correspondiente a la planeación que debe existir por parte de las entidades públicas para adelantar el proceso de selección contractual. Para lo anterior, como punto de partida se efectúa un estudio de mercados, y dependiendo del proceso de selección del contratista aplicable a cada caso, se elabora bien sea el proyecto de pliego de condiciones o las invitaciones a las que haya lugar.

Según Ley 80 (1993), presentado el pliego de condiciones, dependiendo de la modalidad contractual seleccionada, los posibles oferentes pueden presentar observaciones a la administración, la que a su vez, si a bien lo determina, acata las sugerencias a través de la

expedición de adendas con el fin de corregir errores o realizar modificaciones, diligencia tras la cual se emite el pliego de condiciones definitivo.

En esta etapa la administración da a conocer las necesidades identificadas, el objeto contractual y las condiciones en las que se va a adelantar el proceso contractual.

ii. **Etapa contractual:** Inicia cuando ya ha finalizado un proceso de selección y un oferente cumplió con todos los requisitos exigidos por la administración, hecho que da lugar a la expedición de un acto administrativo de adjudicación de contrato o de aceptación de la oferta.

Esta etapa reviste de mayor importancia pues es en la que se materializan los objetivos de la administración a través del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista respecto del desarrollo del objeto contractual. El término pactado para dicho fin es el que se ha entendido como el plazo de la ejecución del contrato.

Así mismo, resulta ser la que de mayor atención requiere por parte de la administración en cuanto a la vigilancia y seguimiento sobre el desarrollo de las actividades desplegadas por los contratistas, lo que de manera general se hace a través de la supervisión o interventoría contratada para el efecto. Lo anterior con el fin de evitar la paralización de las mismas o en el evento de que éste fenómeno se presente, conminar al contratista para lograr su efectivo cumplimiento.

iii. **Etapa poscontractual:** En éste periodo, una vez concluido el contrato, la administración y el contratista efectúan un balance de la ejecución del contrato y realizan la liquidación del mismo, conforme al marco normativo expedido para el fin, esto es, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y por el artículo 217 de Decreto 019 de 2012.

En ésta actuación, las partes cruzan cuentas respecto de las obligaciones recíprocas, siendo el objetivo principal determinar si las partes pueden declararse a paz y salvo mutuo o si existen obligaciones por cumplir y la forma en que deben ser cumplidas, producto de lo cual, en los casos que sea obligatorio, deberá expedirse la respectiva acta de liquidación.

Es por lo anterior que su procedencia sólo tiene lugar con posterioridad a la terminación de la ejecución del contrato. Sobre el tema, la Jurisprudencia del Consejo de Estado (2016) ha dicho:

“La liquidación de los contratos estatales se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato, o aquella etapa del contrato que sigue a su terminación, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuanto, bien por las partes de común acuerdo, por la administración unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para “dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial”.

Ahora, la legislación en reseña, junto con la Jurisprudencia que el Consejo de Estado (2013) ha emitido en su entorno, establece que la liquidación del contrato puede desarrollarse de tres maneras, a saber, (i) bilateral, (ii) unilateral o, (iii) judicial.

i) Liquidación bilateral o de mutuo acuerdo: “Es la que realizan las partes dentro del término establecido en el pliego de condiciones, la licitación pública, términos de referencia o el acordado en el contrato para el efecto”. (Cuello, s.f). A falta de estipulación, la liquidación de común acuerdo debe desarrollarse dentro de los de cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato.

La jurisprudencia del Consejo de Estado (2016) ha definido qué es la liquidación bilateral, entendiéndola como:

“El negocio jurídico mediante el cual las partes de común acuerdo definen las prestaciones, derechos y obligaciones que aún subsisten a su favor o a su cargo y a partir de allí realizan un balance final de cuentas para de ésta forma extinguir de manera definitiva todas las relaciones jurídicas que surgieron del contrato estatal precedentemente celebrado. Con otras palabras, la liquidación bilateral es un negocio jurídico mediante el cual se da por terminado otro negocio jurídico estatal precedentemente celebrado que es el contrato estatal que se liquida”. (Rad. 39665)”.

“Fruto de la celebración de la liquidación bilateral las partes deben suscribir un acta en donde se consigna el balance final de la ejecución del contrato; sin embargo, las partes pueden manifestar salvedades sobre lo suscrito”. (Ley 1150, 2007)

ii) Liquidación unilateral: Finalizado el plazo para que se adelante la liquidación bilateral sin que la actuación haya tenido lugar, bien sea porque no fue posible adelantarla o porque el contratista no concurrió, comienza a correr el término de dos (2) meses para que la administración liquide de manera unilateral el contrato.

Sobre el particular, Cuello (s.f), ha dicho que este tipo de liquidación:

“Tiene lugar cuando el contratista no concurre a la liquidación de común acuerdo o voluntaria o porque esta no se intenta, o fracasa, en cuyo caso se realiza unilateralmente por la entidad contratante mediante acto administrativo motivado, susceptible del recurso de reposición, conforme lo prevé el artículo 61 de la Ley 80. La entidad contratante dispone de dos (2) meses para proceder a esta liquidación unilateral, contados a partir del vencimiento del plazo convenido por las partes para practicarla o en su defecto, de los cuatro (4) meses siguientes previstos por la ley para efectuar la liquidación voluntaria o de común acuerdo, según lo dispuesto por la Ley 446 de 1998, artículo 44 numeral 10, ordinal d, sustitutivo del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. (p.30)”.

Así mismo, el Consejo de Estado (2016) ha considerado que la liquidación unilateral:

“Es una actuación administrativa posterior a la terminación normal o anormal del contrato que se materializa en un acto administrativo motivado mediante el cual la administración decide

unilateralmente realizar el balance final o corte final de las cuentas del contrato estatal celebrado, determinando quién le debe a quien y cuanto y; que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ya sea porque el contratista no se presentó a ésta o porque las partes no llegaron a un acuerdo sobre las cuentas a finiquitar. De ésta forma, se entiende que la liquidación unilateral del contrato es de carácter subsidiario, pues sólo resulta procedente en tanto no se haya podido llevar a cabo la liquidación bilateral. (Rad. 39665)”.

Con lo anterior, es dable concluir que ésta modalidad de liquidación resulta ser un acto propio de la administración y sólo procederá en el evento de que no haya sido posible sacar adelante la liquidación bilateral. Además, conviene destacar que al ser éste un pronunciamiento únicamente emitido por la entidad estatal contratante, el documento que la contiene debe consignarse en una resolución.

iii) Liquidación judicial: Una vez finalizada la oportunidad para efectuar la liquidación bilateral y unilateral, del contrato; es decir, el plazo pactado para efectuarla de común acuerdo o el que supletoriamente ha dispuesto la ley a falta del convenido; esto es, cuatro meses, y los dos meses para que la administración lo haga en ejercicio de sus potestades excepcionales; es dable concurrir a la vía judicial para el efecto.

Sin embargo, cabe aclarar que, para concurrir a la liquidación judicial, se cuenta con el término de veinticuatro (24) meses contados a partir del vencimiento del plazo establecido convencional o legalmente para las liquidaciones bilateral o unilateral. No hacerlo en éste término genera pérdida de competencia para la liquidación del contrato en todas sus modalidades y la caducidad de la acción contractual.

Ahora, aunque se han establecido plazos para cada tipo de liquidación, esto no impide que en cualquier momento y antes de perder competencia se pueda efectuar la liquidación bilateral o unilateral, tal y como lo dispone el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

Finalmente, conviene advertir que la liquidación judicial se consigna en una sentencia.

5.1.2 Poderes Excepcionales

5.1.2.1 Cláusulas Excepcionales según Doctrina y Jurisprudencia.

Como se ha venido reseñando, las cláusulas excepcionales se instituyen como facultades propias del Estado para que en el marco de la contratación pública cuente con mecanismos idóneos que en pro de salvaguardar el interés general las aplique para menguar o resolver circunstancias que afecten la ejecución de un contrato.

Por su parte, Expósito (2013) ha dicho que se las puede entender como un mecanismo encaminado a preservar la legalidad de los actos de las autoridades públicas, comprendido por el conjunto de prerrogativas que ostenta la administración en el ámbito contractual dirigido a tutelar el interés público de la comunidad.

La Corte Constitucional mediante sentencia T- 1341 (2000), menciona que:

“A través de las potestades excepcionales generales la Administración goza de prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y vigilancia de su ejecución, a fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y poder así asegurar, la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos. Se garantiza de esta manera el cumplimiento de los fines estatales que desarrollan a través de la contratación estatal mediante el reconocimiento a la administración pública, de un poder especial de orden administrativo. (p.3)”.

En la misma providencia, la Corte explicó que el establecimiento de dichos poderes encuentra su génesis constitucional en los presupuestos que disponen la función administrativa, misma que se debe adelantar en torno a la concesión de los fines estatales y con respeto de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad imparcialidad y publicidad; así mismo, que su aplicación se encuentra sometida a los mandatos constitucionales que disponen que los

servidores públicos deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la constitución, la ley y el reglamento, siendo responsables por el desconocimiento de estos mandatos, al igual que por la omisión o extralimitación del ejercicio de sus funciones.

Así mismo, en posterior pronunciamiento, la citada corporación hizo alusión al alcance y finalidad de dichas cláusulas, para lo cual retomó doctrina y jurisprudencia de lo contencioso administrativo, refiriendo lo siguiente:

“Al hablar de disposiciones extrañas a la contratación particular, se hace referencia específicamente a las llamadas clausulas (sic) exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares y que tienen como fundamento la prevalencia no solo del interés general sino de los fines estatales.

Estos intereses y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes del estado que como lo expone el tratadista Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo “Determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles. (Corte Constitucional, 2000)”

Aunado a lo anterior, sobre el ejercicio de estos poderes, la Jurisprudencia del Consejo de Estado (1994), ha dicho:

“Son actos unilaterales de indiscutible fractura y solo pueden ser dictado por la administración en ejercicio de poderes legales, denominados generalmente exorbitantes. El hecho que tales actos se dicten en desarrollo de un contrato, no les da una fisionomía propia, porque el contrato no es la fuente que dimana el poder para expedirlos, sino ésta está únicamente en la ley. Esos poderes, así, no los otorga el contrato y su ejercicio no puede ser objeto de convenio.

Conviene traer a colación también que, conforme lo ha dicho la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, las cláusulas excepcionales o exorbitantes son prerrogativas derivadas del poder público de la administración que no podrían aplicarse en un contrato de derecho privado, explicando

que la razón de ello es que las mismas se derivan principalmente del interés público en los contratos estatales y de la especial naturaleza de los mismos, permitiendo a las administraciones ejercer determinadas prerrogativas que no podrían aplicarse en una relación contractual de carácter privada. (SC 620, 2012)”

Finalmente resulta relevante indicar que normativamente se ha dispuesto que estos poderes excepcionales no pueden ejercerse en todos los contratos estatales; así pues, se ha dispuesto que existen contratos en los que se entienden pactados aun cuando no se consignen expresamente, en algunos, su pacto es opcional y en otro tanto prescindible. Sobre el específico, el artículo 14 de la Ley 80 (1993), dispone:

“(…) Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

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

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro

tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”.

Con lo anterior, dable es concluir lo siguiente; i) en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra, deben pactarse las cláusulas de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, además se pactará la de reversión; ii) así mismo, que en los contratos de suministro y prestación de servicios, la inclusión es opcional; y iii) que en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales, el pacto de las facultades en reseña, es prescindible.

5.1.2.2 Clasificación de Cláusulas Excepcionales.

Dentro de las cláusulas excepcionales, encontramos la interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral, caducidad y reversión; a continuación, se hará una alusión a las mismas, excepto a la de caducidad, para la cual se ha reservado un capítulo especial como se presentará más adelante, en vista de que ésta hace parte del objeto de la presente línea de investigación.

Interpretación Unilateral: Definida en el artículo 15 de la Ley 80,* sirve para resolver diferencias en interpretación de los pactos del contrato con el fin de evitar paralización del

* Según Ley 80 de 1993, “**Artículo 15°.-** De la Interpretación Unilateral. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.”

servicio; se entiende que si no hay acuerdo, la administración mediante acto administrativo efectúa la interpretación.

La Corte Constitucional, concluyó que la interpretación unilateral resulta razonable pues asegura el cumplimiento de la constitución cuando el legislador autoriza a la administración para que la prestación de los servicios públicos no se vea interrumpida mientras que se resuelven las diferencias entre la administración y el contratista, sobre la ejecución del contrato, se tiene que considerar que esta atribución excepcional de la administración tampoco impide que el contratista tenga el derecho de solicitar el restablecimiento de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida, pues su rompimiento no es una circunstancia propiciada por este. (SC-1514, 2000)

Modificación Unilateral: Mediante esta cláusula la administración, en los casos en los cuales no haya acuerdo entre las partes, puede introducir modificaciones a las obligaciones contractuales para de esta manera evitar la paralización o afectación grave. Dicha diligencia se materializa a través de un acto administrativo sin que sea necesario agotar la vía gubernativa.

La restricción a la aplicación de esta cláusula radica en que la variación sólo puede ser de hasta el 20% del valor del contrato, motivo por el cual, en los casos en que la modificación sea superior el contratista no está obligado a continuar con la ejecución del contrato, abriéndose la posibilidad de renunciar al mismo.*

* Según Ley 80 de 1993 “**Artículo 16°.- De la Modificación Unilateral.** Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.”

Terminación Unilateral: El artículo 17 de la Ley 80 de 1993³, establece la posibilidad de que la administración, a través de acto administrativo, de manera anticipada dé por terminado el contrato estatal; sin embargo, para que se abra la posibilidad de aplicación de dicho poder, se debe estar frente a uno de los siguientes eventos: i) Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga; ii) Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista; iii) Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista; y iv) Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Dicha causal, a la luz de la sentencia C-454 del 20 de octubre de 1994 es entendida como una prerrogativa de la administración, por motivos de interés general y con el fin de obtener de manera oportuna y eficiente los bienes y servicios propuestos.

Ahora, aunque la mayoría de las causales descritas en dicho artículo resultan de fácil comprensión e interpretación, si hubo la necesidad de que la Corte Constitucional, mediante la providencia en cita analice la expresión *incapacidad física permanente del contratista*, indicando

Artículo 17º.- De la Terminación Unilateral. Reglamentado por el Decreto Nacional 1436 de 1998. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-454 de 1994, en la medida en que la incapacidad física permanente impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista.

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

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

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

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

para que se acredite la procedencia de la aplicación de la cláusula excepcional, debe existir una relación de causalidad entre ésta y la imposibilidad de dar cumplimiento al contrato, dado que si a pesar de la presencia de dicha incapacidad el contratista aún puede desarrollar el objeto contractual, no existe fundamento jurídico que habilite dicha terminación.

Reversión: La última cláusula excepcional, según el artículo 19 de la Ley 80* es aplicable solo en los contratos de concesión y explotación de bienes estatales, se encuentra regulada bajo la premisa de que en los contratos antes citados se pactara que al finalizar el término de explotación o concesión los elementos y bienes directamente afectados al contrato pasen a propiedad del Estado sin que haya compensación al contratista, salvo que las inversiones no se hayan amortizado.

Para el tratadista Juan Carlos Expósito Vélez, se trata de:

Una clausula (sic) natural del contrato, incluso esencial, pues sin la misma la relación jurídica podría derivar en un contrato diferente al de concesión o el de explotación; de tal manera que, en la medida en que esté plenamente identificado que se trata de uno de estos acuerdos, la cláusula se encuentra incorporada en los mismos aun si no hay estipulación expresa al respecto. (Universidad Externado de Colombia, 2013).

5.1.2.3 Competencia temporal

Para referirnos a la competencia temporal, resulta prudente en primer término, traer a colación el concepto de competencia general; así, para el caso de las autoridades públicas, esta debe entenderse como la titularidad para ejercer sus atribuciones, funciones y potestades.

* **Artículo 19º.** *De la Reversión.* En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

Sobre el tema, el Consejo de Estado, mediante Sentencia radicado No. 26705, (2014), indicó que la competencia para las entidades y servidores públicos se encuentra limitada por las atribuciones conferidas en la Constitución, la ley o el reglamento, dado que solo pueden hacer, actuar y ejercer las funciones que les están permitidas y autorizadas en consonancia con el cumplimiento de los fines del Estado.

En la misma providencia se refirió que como expresión del principio de legalidad, *“la competencia es expresa, irrenunciable e improrrogable, y está asignada por el ordenamiento jurídico en razón a criterios o factores, entre los que se destacan: (i) la materia (ratio materiae), es decir, según las actividades, tareas y funciones que legalmente puede desempeñar la autoridad; (ii) el territorio (ratio loci), esto es, el ámbito espacial o circunscripción en la cual se puede ejercer; (iii) el tiempo (ratio temporis), o sea el ámbito temporal en el cual es legítimo ejercerla; (iv) el nivel de jerarquía o posición vertical que tenga la autorizada dentro de la organización administrativa; y (v) el sujeto (ratio personae), esto es, por las calidades o condiciones de la autoridad”*. *

En línea con lo anterior, la misma Corporación, con la relación a la competencia de las autoridades administrativas para expedir actos administrativos, explicó:

Ese marco de la actuación de las autoridades que define la Constitución Política debe observarse desde los ámbitos material, temporal y territorial, en los términos previstos por el ordenamiento jurídico positivo, pues estos factores determinan la esfera de atribuciones que las entidades y órganos del Estado pueden y deben ejercer legítimamente; por lo mismo, la competencia está delimitada por

* Por cuya virtud, “la autoridad administrativa, en tanto ejecutora de la ley, sólo puede ejercer las facultades que ésta le haya encomendado, toda vez que la ley es la más importante garantía de los derechos frente a la tentativa de abuso del gobernante. Principio de legalidad que busca la limitación del papel del ejecutivo (De Laubadère), en tanto éste se encarga de traducir la ley en la realidad y por lo mismo ella constituye a la vez fundamento y límite a su accionar (Rivero). De modo que la Administración actúa secundum legem en tanto actividad estatal sub-legal (Marienhoff)”: “La acción de cumplimiento en Colombia: ¿Un medio de control judicial de la administración que no produjo los efectos que se esperaban?”, en AAVV, El derecho público en Iberoamérica, Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo, Tomo II, Bogotá, Universidad de Medellín y Temis, 2010, pp. 481 y ss.

normas de orden público, de carácter imperativo, las cuales constituyen garantía para los administrados frente a los posibles abusos o excesos de poder de las autoridades públicas.

Así, la competencia constituye un presupuesto esencial para la validez de los actos administrativos, de manera que, al hallarse afectado el acto por la ausencia de la misma, la nulidad emerge sin que exista posibilidad de ser saneada.

El vicio por incompetencia es, pues, el más grave que puede afectar la validez de los actos administrativos (Consejo de Estado, 1999) y, por tal razón, esta Corporación ha sostenido que, “en estos eventos, el juez debe declarar siempre la nulidad del acto administrativo, incluso de manera oficiosa, porque cuando el acto es proferido en tales condiciones vulnera el derecho fundamental al debido proceso”. (Consejo de Estado, 2010). Tal hipótesis constituye una excepción al principio de la rogación, que rige en materia contencioso - administrativa, pues, en principio, cuando se pretende obtener la declaración de nulidad de actos administrativos, el escrito de demanda debe indicar los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas violadas y el concepto de violación que sustenta la petición de nulidad (numeral 4 del artículo 137 del C.C.A.); pero, la excepción está fundada en la protección del citado derecho fundamental de aplicación inmediata, carácter que le otorga el artículo 85 de la Constitución Política”. (Consejo de Estado, 2012).

De lo anterior, se extrae que uno de los límites a la competencia de la administración para ejercer sus potestades es el factor temporal, por lo que actuar por fuera de los términos brindados para el efecto, genera, lo que doctrinariamente se ha denominado “*incompetencia ratione temporis*”; sobre el tópico, el Consejo de Estado (2016), retomando lo expuesto por Santofimio Gamboa, explica que esta figura se presenta en:

Los casos en que las competencias asignadas a un órgano o funcionario deben ser ejercidas bajo condición temporal. Estaremos frente a una incompetencia de esta clase cuando dichas competencias

son ejercidas en las siguientes oportunidades: antes del tiempo o momento en que legalmente le correspondía actuar al funcionario respectivo; con posterioridad al vencimiento de la oportunidad en la cual podía válidamente, la administración, adoptar la decisión.

Así mismo, sobre la falta de competencia temporal, en otro pronunciamiento, citando a Ramón Parada Vázquez (s.f), dijo:

“La falta de competencia temporal - como cuando el órgano mismo tenía un plazo fijo de vida y actúa después de estar jurídicamente extinguido, que sería una incompetencia absoluta -, no debe confundirse con los supuestos de anticipación o prolongación de funciones públicas, lo que afecta no a la competencia del órgano, sino más propiamente a la investidura del titular, ni con aquellos en que se señala un plazo para resolver determinados procedimientos o asuntos, lo que es más que una limitación temporal de la competencia, una medida para la negligencia administrativa, cuya infracción puede originar la responsabilidad de la Administración o del funcionario por los daños ocasionados por el retraso; pero que no implica que pasado ese plazo el titular del órgano pierda la competencia decisoria, ni que la resolución dictada fuera del tiempo establecido sea inválida, salvo que así lo impusiera la naturaleza del término o plazo ...”

También sobre este tema, la Sección Quinta del Consejo de Estado (1997), consideró:

“No siempre que se señala un plazo para resolver, está disponiéndose una limitación temporal, de manera que transcurrido ese plazo el órgano pierda la competencia y la decisión adoptada resulte inválida. Sin embargo, ello es así cuando expresamente así lo establezca o cuando lo determine la naturaleza del mismo plazo,(...)”. (Las negrillas y subrayas fuera de texto)”.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la competencia temporal es el límite de tiempo con el que cuenta la administración para poder ejercer los poderes excepcionales, dado que una vez finalizado este, los mismos cesan.

5.2 Caducidad Contractual como Cláusula Excepcional.

5.2.1 Generalidades

5.2.1.1 Concepto y Finalidad

La cláusula de caducidad, en palabras del Consejo de Estado (2013), comparte con las demás la teleología de protección al interés colectivo, en tanto que lo que se persigue es el beneficio común en la celebración de un contrato estatal. Por lo anterior, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la establece como un instrumento finalista mediante el cual, la administración, a través de acto administrativo motivado, puede dar por terminado un contrato y ordenar su liquidación; lo anterior supeditado a la presencia de incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, siempre que esto *“afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización”*.

Así las cosas, se tiene que la cláusula de caducidad no procede para todos los casos de incumplimiento; en ese entendido, resulta procedente traer a colación los límites materiales para el ejercicio de esa potestad, mismos que a la luz Jurisprudencial del Consejo de Estado (2008), hacen que solo sea posible declarar la caducidad del contrato cuando se esté frente a *“i) el incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del contratista (lo cual excluye el incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes); ii) que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato (esto es, no basta el sólo incumplimiento sino que éste debe ser de tal magnitud que haga nugatorio el cumplimiento de las prestaciones del contrato); iii) que evidencie que puede conducir a su paralización (es decir, que tenga la virtualidad de impedir el*

cumplimiento del objeto contractual); iv) que no medie un incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública o ésta no haya puesto al contratista en situación de incumplimiento, y v) que se haya agotado el debido proceso, esto es, que su ejercicio esté precedido de audiencia del contratista”.

Sobre las finalidades de la administración con la aplicación de la figura de la caducidad, Juan Carlos Expósito, indicó que son dos, una, finiquitar la relación jurídica bilateral con su contratista de forma inmediata, a partir de la configuración de un incumplimiento contractual especial, caracterizado por perjudicar grave y directamente la ejecución del objeto contratado, al punto que pueda deducirse su inminente o potencial interrupción; y otra, imponer las sanciones e inhabilidades establecidas en la ley, y constituir el siniestro de incumplimiento necesario para hacer efectiva la garantía de cumplimiento contractualmente exigida. (Universidad Externado de Colombia, 2013).

5.2.1.2 De los efectos de la declaratoria de caducidad contractual y su aplicación.

Partiendo de la redacción del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y la interpretación jurisprudencial que el Consejo de Estado ha ideado en su entorno, se tiene que con la declaratoria de caducidad: *(i) se da por terminado el vínculo negocial sin que haya lugar a indemnización para el contratista; (ii) se ordena su liquidación en el estado en que se encuentre; (iii) se hacen exigibles las garantías por configuración del siniestro del incumplimiento; (iv) se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria y (v) se configura la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años”.* (Decreto 1510, 2013)

De esta lectura, lo primero que se debe advertir es que la principal diferencia de esta cláusula con la de terminación unilateral, es que con la caducidad la administración además ejerce su poder sancionatorio; sobre este preciso tópico, el Consejo de Estado hizo una amplia alusión

mediante providencia radicado No. 20738, indicando que la misma puede ser observada como medio para conseguir los objetivos estatales perseguidos con el contrato estatal y como sanción propiamente dicha. (Sala de Contencioso Administrativo, 2012)

Así, sobre la sanción por caducidad como medio, la entiende como uno de los instrumentos con los que cuenta la administración para conseguir los objetivos estatales a través de un determinado contrato estatal, concibiéndola como una forma de concretar el deber de dirección general, control y vigilancia de los contratos.

Aunado a lo anterior, debe decirse que conforme a la norma que consagra la cláusula de caducidad, en materia de aplicación, existe un margen de movilidad para la administración, por cuanto puede abstenerse de hacerla efectiva cuando el contratista adopte las medidas de control e intervención necesarias que garanticen la ejecución del contrato.

Sin embargo, cabe aclarar que conforme lo expuso el Consejo de Estado dentro de la providencia en cita, si después de sopesar dichas actuaciones se evidencia que las mismas no garantizan la ejecución del contrato o que ellas resultan perjudiciales en relación costo beneficio, la declaratoria de caducidad deja de ser discrecional y pasa a ser obligatoria.

Ahora, sobre la caducidad como sanción, la mentada sentencia la clasificó como la más drástica que la entidad pública puede imponer a su contratista, toda vez que, como se ha venido reseñando, implica el aniquilamiento del contrato y genera para el contratista una inhabilidad para celebrar negocios jurídicos con la administración pública. Sobre el tema, en otro pronunciamiento la misma Corporación dijo:

El carácter sancionatorio que reviste la declaratoria de caducidad del contrato estatal es algo que no puede ponerse en duda, ya que no sólo significa el aniquilamiento del contrato sino que comporta para el contratista la inhabilidad para celebrar contratos durante cinco (5) años (art. 8 lit. c) ley 80 de 1993.

Si la declarativa de caducidad es el aniquilamiento de la relación contractual, es apenas obvio que una

medida de tanta trascendencia en el contrato no se tome de manera sorpresiva para el contratista y se le brinde la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales. Es este el sentido del art. 18 de la Ley 80 de 1993 cuando señala que "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", como sería la imposición de multas compulsivas" (Consejo de Estado, 1998).

Es por lo anterior, esto es, el carácter sancionatorio que conlleva el ejercicio de ésta cláusula, que con su declaratoria, la administración debe iniciar un procedimiento en donde se respete el principio del debido proceso, es decir, que el contratista tenga la oportunidad de debatir las pruebas presentadas en su contra y aportar las que considera importantes para efectuar su defensa, y como resultado de dicho trámite emitir un acto administrativo debidamente motivado.

En el anterior contexto de la aplicación de la cláusula de caducidad, esto es, de un lado como medio para conminar por el efectivo cumplimiento del contrato, y de otro, y en caso de que lo anterior no sea viable, su imposición con el más alto rigor y todas las consecuencias jurídicas que de ello se derivan, resulta que el procedimiento que lleve a su materialización debe estar permeado de debido proceso.

Sobre el tema, la Sentencia con radicado No. 20738 arriba citada, explicó que jurisprudencialmente el debido proceso siempre estuvo presente como fundamento de un procedimiento sancionatorio y que su obligatoriedad se reforzó con la expedición de la Ley 1150 de 2007, según la cual, acorde a su artículo 17, dicho principio es la principal guía en materia sancionatoria y por tanto, es obligatorio para las autoridades administrativas aplicar un procedimiento mínimo que garantice los derechos de contradicción y defensa del afectado, es decir, que éste conozca del trámite que se está adelantando en su contra.

Sumado a lo anterior, dicha providencia explicó que conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se estableció un procedimiento administrativo especial para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, siendo éste el que actualmente encausa la aplicación, entre otras, de la cláusula excepcional de caducidad.

Para reforzar lo antes expuesto, resulta preciso traer a colación la providencia emitida dentro del expediente 28950, en la que el Consejo de Estado (2015), advirtió que

En los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar su puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los recursos que considera desconocidos por la actuación pública.

Finalizado lo anterior y retomando el tema de los efectos de la caducidad, resulta preciso señalar que de su lectura, dable es concluir que éstos resultan ser diferentes para cada una de las partes en el contrato, esto es, unos para la administración y otros para el contratista.

En ese orden, para la primera, en caso de que aún se encuentre pendiente algo de la ejecución, debe proceder a adjudicar el contrato al segundo oferente en puntaje, para que este finiquite el objeto contractual.

Así mismo, debe proceder a adelantar todas las actuaciones tendientes a hacer efectivas las pólizas suscritas y el cobro de la cláusula penal.

De otra parte, la entidad estatal en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 31 de Ley 80 de 1993, debe efectuar la publicación de los actos y sentencias sancionatorias, una vez se encuentren debidamente ejecutoriadas en la plataforma SECOP, las mismas deberán comunicarse a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio en la que el

contratista sancionado se encuentre registrado con el fin de que se actualice la información que sobre aquel repose, registrando la sanción y la inhabilidad para contratar impuestas*.

Ahora, para el contratista, la consecuencia que emerge con la declaratoria de caducidad, además de la terminación del contrato en el estado en que se encuentre como se indicó en un inicio, se hacen aplicables las sanciones que correspondan, esto es, la inhabilidad para contratar por un término de 5 años y el pago de la cláusula penal suscrita.

5.2.2 Aplicación de la cláusula excepcional de caducidad en los contratos estatales según el Consejo de Estado

5.2.2.1 Problema Jurídico

¿Es posible aplicar la cláusula excepcional de caducidad en la etapa postcontractual, en el término de liquidación del contrato, durante el periodo comprendido entre los años 1999 a 2017?

5.2.2.2 Polos de Respuesta

Una vez analizadas las sentencias seleccionadas como base para solucionar el problema jurídico planteado, se extraen dos posibles respuestas:

Respuesta 1: Es posible aplicar la cláusula de caducidad durante toda la vigencia del contrato, esto es, incluso en la etapa postcontractual, en el término de liquidación.

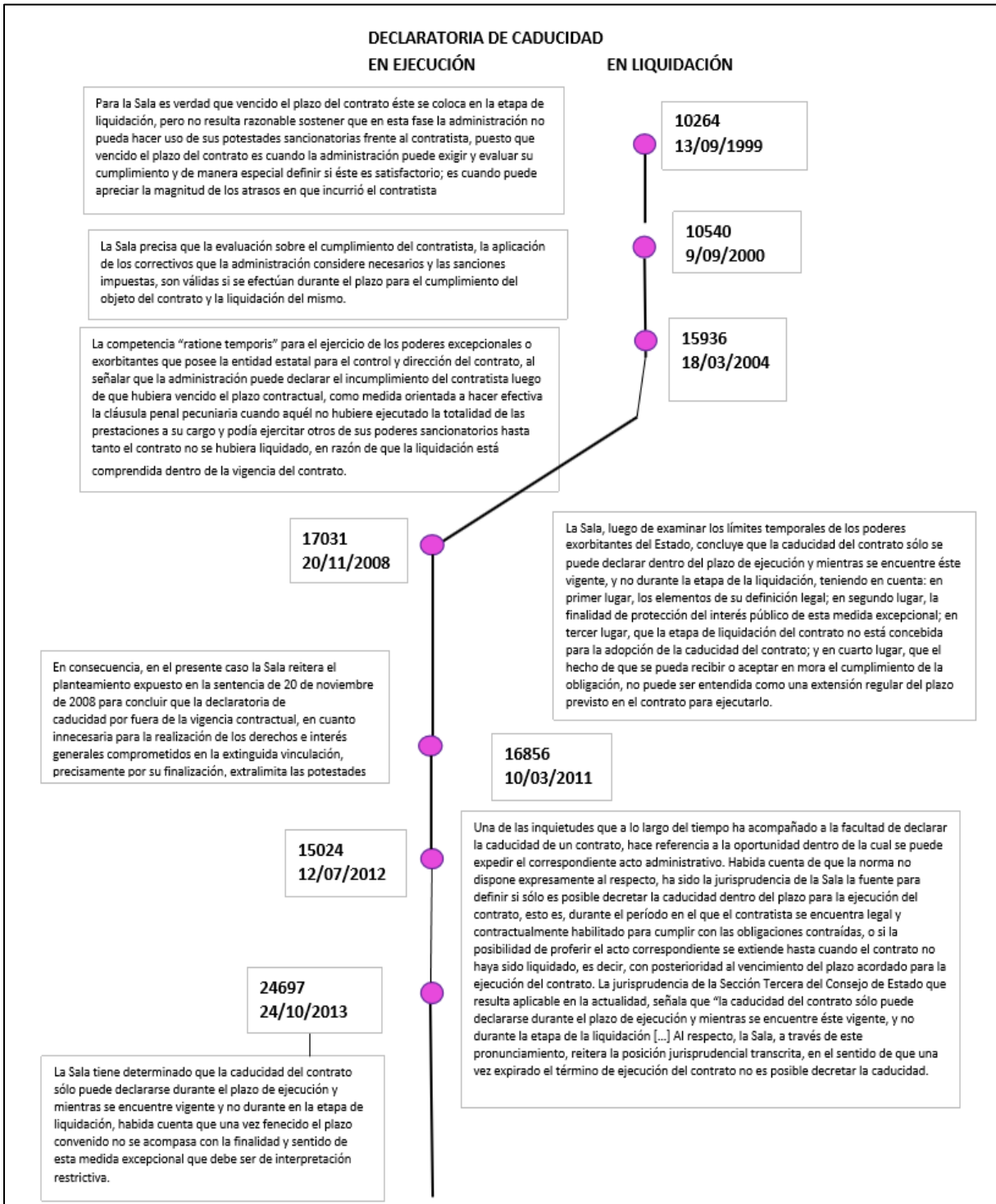
Respuesta 2: La cláusula excepcional de caducidad, acorde a sus principios y finalidades sólo puede tener aplicación durante el plazo de la ejecución del contrato.

* Según Decreto 1082 de 2015, Artículo 2.2.1.1.1.5.7. Información de multas, sanciones, inhabilidades y actividad contractual. Las Entidades Estatales deben enviar mensualmente a las cámaras de comercio de su domicilio, copia de los actos administrativos en firme, por medio de los cuales impusieron multas y sanciones y de las inhabilidades resultantes de los contratos que hayan suscrito, y de la información de los Procesos de Contratación en los términos del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007. Para el efecto las cámaras de comercio pueden establecer mecanismos electrónicos para recibir la información mencionada. El registro de las sanciones e inhabilidades debe permanecer en el certificado del RUP por el término de la sanción o de la inhabilidad. La información relativa a multas debe permanecer en el certificado del RUP por un año, contado a partir de la publicación de la misma.

5.2.2.3 Sentencia Arquimédica

Nuestro punto de partida, será la Sentencia radicado No. 42105 de 14 septiembre de 2017, Consejero Ponente Doctor Danilo Rojas Betancourth. Desde ya puede indicarse, que se trata de una sentencia confirmadora de la postura dispuesta en la sentencia de unificación que sobre el tema se emitió en el año 2012.

5.2.2.4 Diagrama línea jurisprudencial



(Continuación).

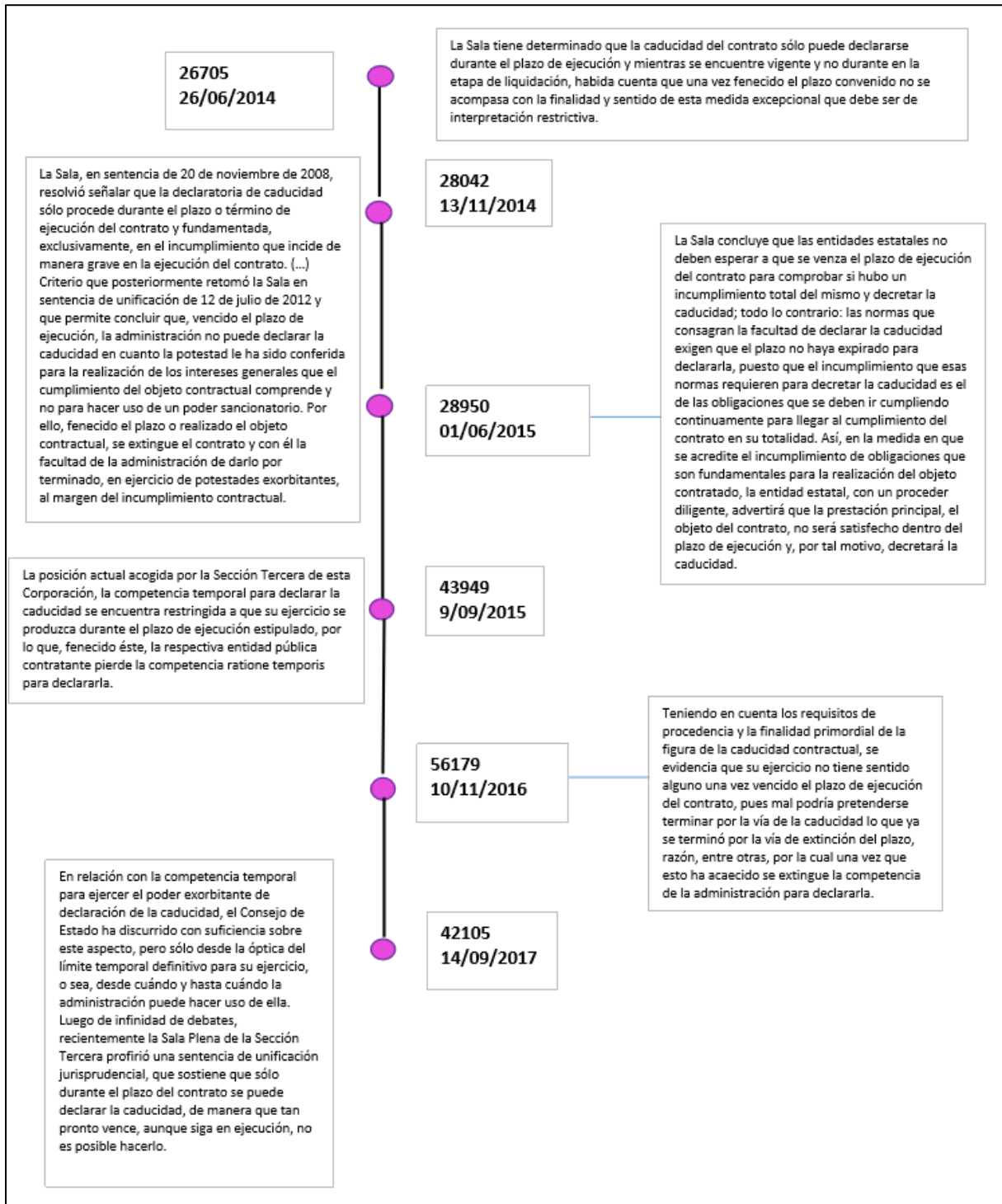


Figura 1. Diagrama línea jurisprudencial

Fuente. El presente estudio

5.2.2.5 Nicho citacional de la línea jurisprudencial

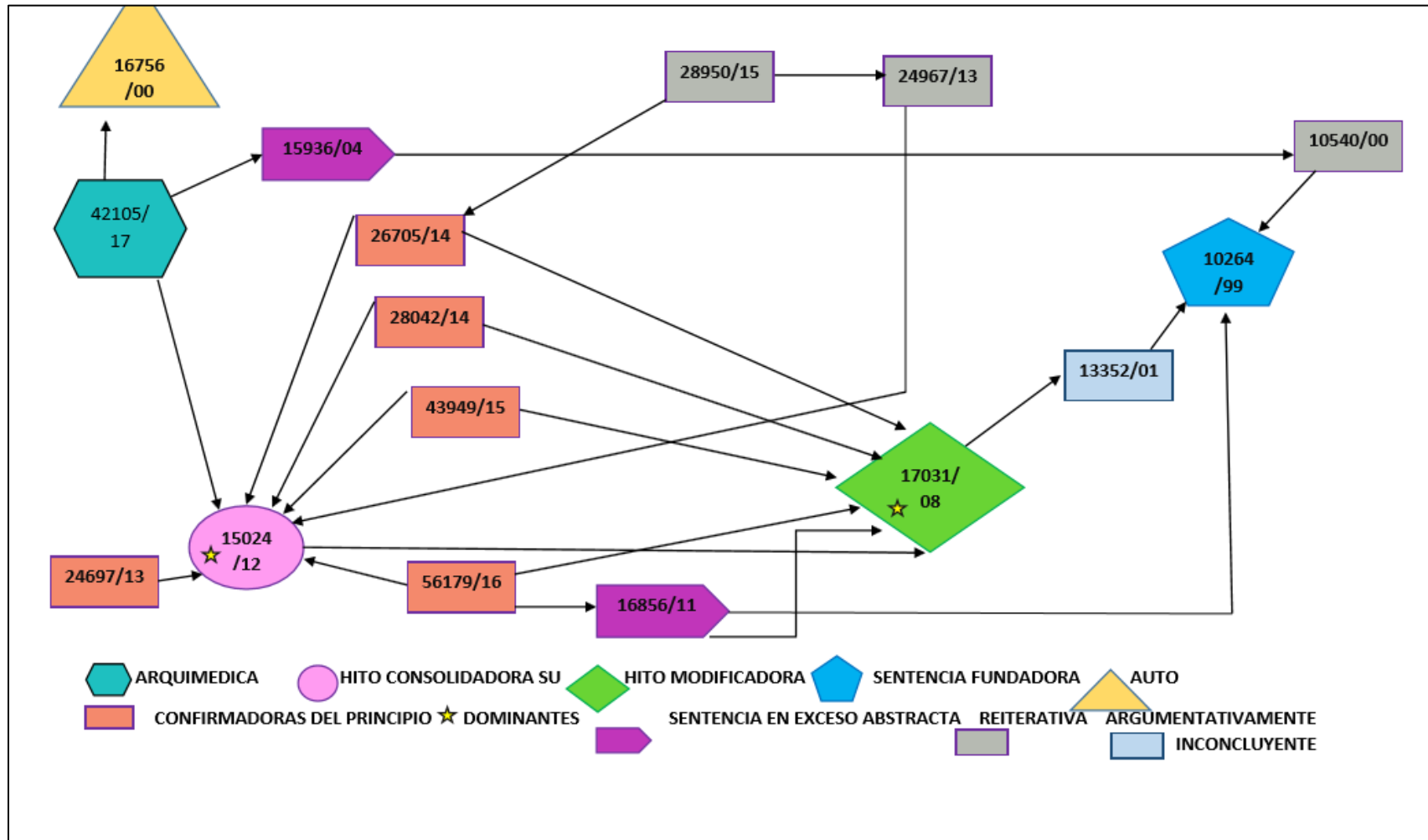


Figura 2. Nicho citacional de la línea jurisprudencial

Fuente. El presente estudio

5.2.2.6 Desarrollo de la línea jurisprudencial

Para iniciar la explicación de nuestro trabajo, es importante precisar que, la cláusula de caducidad se estableció inicialmente en el Decreto 222 de 1983, con la denominación de exorbitante; y la Ley 80 de 1993, derogatoria del referido decreto, la retomó con la calificación de excepcional.

Ahora, efectuado el proceso de selección de las sentencias relevantes para dar respuesta al problema jurídico planteado se hizo uso sólo de las providencias que tratan el tema a la luz de la Ley 80 de 1993, normatividad vigente en la actualidad y sobre la cual se fundamenta el marco teórico traído a colación; sin embargo, obran sentencias que dado el espacio temporal de la ocurrencia de los hechos objeto de demanda, se efectúa un paralelo entre las dos normativas, dado que si bien tuvieron lugar cuando se encontraba bajo las previsiones del Decreto 222 de 1983, los casos finalmente se resolvieron con fundamento en la Ley 80 de 1993, que entró en vigencia el 1° de enero de 1994.

Nuestro estudio entonces se hará a partir de las siguientes sentencias que tratan de manera directa nuestro objeto de estudio; procediéndose a subrayar los apartes que contienen las principales subreglas establecidas en cada decisión:

1. Sentencia No. 10264 de 13 septiembre de 1999.

Esta sentencia, estudió la controversia presentada a raíz de la declaratoria de caducidad ocurrida dentro del Contrato de Consultoría No. 278 de 4 de octubre de 1982, suscrito entre la Corporación Autónoma de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez (CAR) y la firma “Hazen & Sawyer”.

En el caso, se estableció que el plazo de ejecución fenecía el 2 de julio 1984, habiéndose acordado que en el último mes de dicho lapso, esto es, entre el 2 de junio al 2 de julio de 1984 se efectuaría la liquidación del contrato. En ese orden, la declaratoria de caducidad tuvo lugar el 29 de junio de 1984, a través de la Resolución No. 1727, es decir, según el demandante, cuando ya había terminado el plazo de ejecución y el contrato se encontraba en etapa de liquidación. En ese orden, el fundamento de la controversia respecto de esa determinación radicó en la extemporaneidad para adelantar ese trámite.

Al analizar el caso, el Consejo de Estado, indicó que el contrato, al momento de declarar la caducidad no se encontraba vencido, dado que la etapa de liquidación aún se encontraba vigente y no se habían extinguido todas las obligaciones del contratista.

Para sustentar lo anterior indicó que la ley permite que dentro de la etapa de liquidación del contrato, se efectúe un balance del mismo que puede generar diferentes situaciones como reconocimientos o indemnizaciones a favor del contratista, definir si el cumplimiento del contrato se dio de manera satisfactoria, y eventualmente, la aplicación de sanciones, con lo que concluyó que jurídicamente no se puede entender a esta etapa como algo extraño al plazo contractual y en consecuencia que esté “*ausente la potestad de autotutela de la administración para declarar su incumplimiento*”.

En ese entendido, como fundamento de la decisión, la Sala expresó:

“La Sala precisa que la evaluación sobre el cumplimiento del contratista, la aplicación de los correctivos que la administración considere necesarios y las sanciones impuestas, son válidas si se efectúan durante el plazo para el cumplimiento del objeto del contrato y la liquidación del mismo”.

Ahora, retomando lo expuesto en la Sentencia radicado No. 3615 de enero 29 de 1988, aludió que en esa oportunidad y sobre la temática planteada, la Corporación ya había expresado que “la administración podrá declarar el incumplimiento (o la caducidad) después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste”.

Así pues, el Consejo de Estado consideró válido y viable que, aunque vencido el plazo de ejecución del contrato, se dé aplicación a la cláusula de caducidad, dado que en el caso específico, aún existían obligaciones contractuales pendientes por cumplir y la etapa de liquidación, misma que no entiende ajena al contrato, se encontraba vigente.

En ese orden, resolvió negar las pretensiones de la demanda por cuanto la administración, cuando declaró la caducidad, aún tenía la competencia para hacerlo.

2. Sentencia No. 10540 de 9 de septiembre de 2000

En esta providencia se estudió la legalidad de la Resolución No.196 de marzo 27 de 1989, mediante la cual el IDU, como entidad contratante, declaró el incumplimiento del Contrato No. 021 de 1987, suscrito con la firma CONSAS Ltda., esto es, cuando se encontraba vencido el plazo del mismo. Igualmente, hizo efectivas las sanciones pecuniarias.

En esta oportunidad, pese a que el tema principal y finalmente objeto de la decisión, fue la legalidad de la declaratoria de incumplimiento, la Sala efectuó de manera paralela el estudio de la competencia temporal de la administración para hacer efectivos los poderes excepcionales, y en especial el de caducidad, en vista de que precisamente el primero puede dar lugar tanto al segundo como a la imposición de sanciones pecuniarias.

Así las cosas recordó que la doctrina jurisprudencial venía indicando que las medidas de declaratoria de caducidad y la imposición de multas no podían hacerse efectivas cuando la

administración no las exija durante el plazo contractual o después de su vencimiento. En el evento, se ratificó dicha postura de manera parcial, en el sentido de indicar que bajo ciertas circunstancias podrán aplicarse después del vencimiento de ese término.

Para sustentar lo anterior, efectúo un estudio de lo dispuesto para el efecto en la Ley 80 de 1993, para lo cual se fundamentó en apartes de la Sentencia No. 10264 de 1999, misma que a su vez se fundamentó en el expediente No. 3615 de 29 de enero de 1988, resaltando que en esa oportunidad se sostuvo que dentro de plazo para la ejecución del contrato, el que reviste mayor importancia es el que corresponde a la culminación del objeto contractual, donde el contratista debe cumplir con sus prestaciones conforme a lo especificado en el contrato, y que en el evento de que eso no se cumpla “la administración podrá hacer valer sus poderes sancionatorios de acuerdo con la magnitud del incumplimiento”.

En este orden de ideas, explicó que no resulta razonable sostener que en la etapa de liquidación, “la administración no pueda hacer uso de sus potestades sancionatorias frente al contratista, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio”. Más aun considerando que con el vencimiento del plazo se pone en evidencia el incumplimiento, y consecuentemente la administración debe proceder a calificar la responsabilidad de su contratista y sancionar, si este es el caso.

Con lo anterior, el Consejo de Estado concluyó que “(...) la evaluación sobre el cumplimiento del contratista, la aplicación de los correctivos que la administración considere necesarios y las sanciones impuestas, son válidas si se efectúan durante el plazo para el cumplimiento del objeto del contrato y la liquidación del mismo”.

Ahora, en lo que respecta a la decisión que declaró el incumplimiento, objeto principal de la

controversia planteada por el contratista vía solicitud de nulidad, el Consejo de Estado la encontró ajustada a la legalidad, en tanto que para cuando la misma tuvo lugar, el contrato aún no se había liquidado e incluso las partes se encontraban discutiendo el porcentaje de cumplimiento.

3. Sentencia No. 15936 de 18 de marzo de 2004

El municipio de Ibagué y el señor Antonio María Escobar Henríquez, celebraron el Contrato 039 de marzo 19 de 1999, para la realización de reparaciones estructurales en el Estadio Manuel Murillo Toro. En la relación de los hechos de la providencia, se indicó que para el caso, vencido el plazo del contrato, el Municipio de Ibagué, por medio de la Resolución No. 1462 del 5 de agosto de 1994, declaró la caducidad administrativa del mismo; sin embargo, en la etapa de conciliación del trámite de arbitramento, la entidad estatal accedió a la revocatoria directa de la determinación por haber sido expedida de manera extemporánea, seguido de lo cual declaró el incumplimiento del contrato, siendo este último acto, el objeto de demanda que concitó el pronunciamiento en referencia.

En ese orden, dentro de la providencia, a pesar de que el planteamiento del problema central que resuelve el conflicto sobre la declaración de incumplimiento del Contrato No. 039 de 1994, en la parte considerativa se hace un importante aporte respecto de la caducidad como poder excepcional de la administración.

Sobre la temática entonces, retomó lo expuesto en la Sentencia No. 10540 del 2000 sobre la competencia “*ratione temporis*”, y a su tenor literal indicó:

“... vencido el plazo del contrato éste se coloca en la etapa de liquidación, pero no resulta razonable sostener que en esta fase la administración no pueda hacer uso de sus potestades sancionatorias frente al contratista, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la

administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio; es cuando puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista” motivo por el cual, “la evaluación sobre el cumplimiento del contratista, la aplicación de los correctivos que la administración considere necesarios y las sanciones impuestas, son válidas si se efectúan durante el plazo para el cumplimiento del objeto del contrato y la liquidación del mismo.”

Sin embargo, la Sección Tercera, en esta oportunidad, omitió efectuar un estudio sobre la competencia de la administración para declarar la caducidad o el incumplimiento en el caso, dado que, como se anunció párrafos arriba, el objeto de la controversia no giraba en torno a dicho tema sino a la ausencia de pruebas que permitan acreditar si existió o no desatención injustificada a las obligaciones por parte del contratista, a fin de determinar si procede efectuar algún tipo de reconocimiento a título de indemnización a su favor.

En ese contexto, extrajo dos conclusiones, la primera, que al tenor de la autonomía de la voluntad de las partes, en materia contractual, es viable que se impongan multas pecuniarias para prevenir el incumplimiento de obligaciones, pero que hacerlas efectivas en momento alguno pueden considerarse como ejercicio de los poderes exorbitantes; la segunda, que en el caso, la parte demandante no cumplió con la carga probatoria necesaria para acreditar un perjuicio en su contra a raíz de las actuaciones del contratante y por tanto, no era viable ordenar el reconocimiento de la indemnización pretendida.

4. Sentencia No. 17031 de 20 noviembre de 2008

En el año 2008, el Consejo de Estado, cambió la postura que venía manejando respecto a la posibilidad de declarar la caducidad del contrato en la etapa de liquidación; así, pasó a considerar

que esta potestad excepcional solo se puede aplicar durante la ejecución del contrato, toda vez que, de no ser así, se estaría desdibujando la razón de ser de la declaratoria de caducidad.

Ésta providencia, tuvo su génesis en la solicitud de declaratoria de caducidad de un contrato celebrado entre el Municipio de Sabaneta y la Sociedad Empresa Colombiana de Ingeniería Ltda., mismo que se denominó “Construcción de Obra Pública para ejecutar por el sistema de precios unitarios la mano de obra para la ampliación de la Escuela Adelaida Correa”.

Como supuestos fácticos de la providencia se tuvo en cuenta que, acorde a la narración del contratista, ahora demandante, en la ejecución del contrato se encontraron situaciones diferentes a las contratadas que conllevaron a ejecutar mayor cantidad de obra y una mayor permanencia en la obra, lo que generó un costo adicional en el manejo del personal contratado para el efecto. Se precisa que en razón de lo anterior se acordó con la administración la continuación con la ejecución y dedicación exclusiva a solucionar los impases; sin embargo, se incumplió el cronograma establecido. Así las cosas, que de manera posterior fue necesario suscribir un acta de suspensión de la obra, misma que tuvo lugar el 12 de agosto de 1991, y seguidamente, el ente territorial, expidió la Resolución No.177 de 5 de noviembre de 1991, mediante la cual declaró la caducidad del contrato, acto que fue confirmado en Resolución No. 205 de 16 de diciembre de 1991.

En ese contexto, a fin de darle solución a la controversia planteada, el Consejo de Estado partió de la diferenciación del plazo de la ejecución, el plazo para la liquidación y con ello, determinar el límite temporal para la declaratoria de caducidad del contrato.

Al primero, esto es, al plazo para la ejecución del contrato lo definió como el “término dentro del cual se debe construir la obra, prestar los servicios o entregar los suministros”; agregó que

determinar el plazo resulta de gran importancia “dado que es en una fecha cierta previamente estipulada cuando se hace exigible la totalidad del objeto contractual”.

Respecto a la liquidación, se indicó que éste es el trámite que prosigue a la terminación del plazo de ejecución del contrato o posterior a la declaratoria de caducidad o terminación unilateral, en donde se efectúa un balance de todo lo ocurrido durante la ejecución del contrato para “declararse a paz y salvo de las obligaciones o derechos a cargo de las mismas, y finiquitar así el vínculo contractual”.

Finalmente, sobre el límite temporal para la declaratoria de caducidad del contrato, tras examinar de manera general el espacio temporal de los poderes exorbitantes del Estado, concluyó:

“la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre éste vigente, y no durante la etapa de la liquidación, teniendo en cuenta: en primer lugar, los elementos de su definición legal; en segundo lugar, la finalidad de protección del interés público de esta medida excepcional; en tercer lugar, que la etapa de liquidación del contrato no está concebida para la adopción de la caducidad del contrato; y en cuarto lugar, 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”.

Aclaró también, que además de la limitación temporal la declaratoria de caducidad se encuentra condicionada a la existencia de un incumplimiento por parte del contratista que “afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización”.

Para sustentar esta conclusión la providencia indicó que la caducidad, es un poder excepcional del cual goza la administración, para afrontar el incumplimiento contractual y

garantizar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos y funciones a cargo de la entidad contratante, y, “se justifica por la necesidad de asegurar la realización del servicio, de la obra o del suministro que se contempla en su objeto, en la medida en que la presencia de ese contratista fallido se constituye en un obstáculo para la satisfacción del interés público que este involucra”, por lo que hacerlo de manera posterior, se alejaría de la finalidad de la figura. Sobre el punto en particular advirtió:

“la razón más importante para señalar la improcedencia de su declaración durante la etapa de la liquidación, consiste en que cuando el plazo de ejecución ha expirado, ya no es necesario desplazar, excluir o sustituir al contratista para proseguir con el objeto contractual y los fines frustrados con el incumplimiento del contratista, dado que en esas circunstancias no habría restricción jurídica para que la entidad pública retome el servicio, la obra o el suministro, directamente o mediante la celebración de otro contrato, con el propósito de continuarlos en orden a colmar la específica necesidad pública requerida”.

En ese orden de ideas concluyó que el plazo de liquidación, ya sea bilateral o unilateral, es un escenario que no está destinado para adoptar la caducidad del contrato, ni para sancionar al contratista; en esta etapa “no es posible que se presente un incumplimiento de las obligaciones del contratista que pueda conducir a la paralización del contrato, toda vez que la etapa de ejecución del contrato se encuentra ya legal y convencionalmente terminada, precisamente, para que las partes puedan realizar ese corte de cuentas y el balance definitivo de las prestaciones a su cargo y así poder darlo por liquidado”.

La providencia no dejó por fuera el hecho de que en algunas oportunidades, quedan obligaciones pendientes por parte del contratista posterior a la terminación del contrato, por lo que la administración cuenta con la facultad de recibir o aceptar tardíamente o en mora el

cumplimiento de la prestación. Sin embargo, aclara que dicha circunstancia no puede ser entendida como una adición o extensión del plazo estipulado en el contrato para la ejecución, y es así como “Las entidades públicas no se encuentran habilitadas para declarar la caducidad del contrato expirado el plazo de ejecución pactado en él o en los contratos adicionales que lo modifiquen o prorroguen, por cuanto la Administración debe hacer uso de esa potestad excepcional, según se desprende de su definición legal, durante la vigencia del término que han fijado expresamente las partes para cumplir oportunamente con sus obligaciones”.

Así, tras sentar las consideraciones arriba expuestas, el Consejo de Estado dispuso recoger su postura en cuanto a la temporalidad para el ejercicio del poder excepcional de caducidad, sentando las siguientes pautas:

“i.) La caducidad es una atribución para afrontar el incumplimiento del contrato, de manera que su ejercicio es jurídicamente viable dentro del término convencional de ejecución de las obligaciones, vencido el cual no es posible satisfacer la concurrencia de sus requisitos legales materiales; por ende, fenecido el plazo de ejecución la finalidad de la potestad se pierde y con ella la facultad para imponerla; y ii.) La etapa y el plazo de liquidación del contrato no están consagrados para ejercer esta potestad exorbitante, pues la ley no señaló que pudiera aplicarse durante ésta, sino dentro de la etapa y plazo fijado en el contrato para su ejecución; y, además, se reitera, no se trata de solucionar un problema exclusivamente económico o sancionatorio.

A manera de conclusión y para dar claridad al giro efectuado, la Sección Tercera sentó que dar aplicación a la cláusula de caducidad por fuera del plazo establecido para la ejecución del contrato es tanto como consignarle al instituto un carácter eminentemente sancionatorio e indemnizatorio, circunstancia que va en contravía de la finalidad, misma que se circunscribe a dar continuidad al objeto contractual.

Con soporte en los fundamentos anteriormente descritos, en el caso objeto de estudio, el Consejo de Estado revocó la sentencia apelada y declaró la nulidad de la resolución que declaró la caducidad y la que confirmó la decisión, y en su lugar condenó al Municipio de Sabaneta a reconocer un suma de dinero en favor de la Empresa Colombiana de Ingeniería Ltda., por concepto de lucro cesante como consecuencia de la pérdida de oportunidad.

5. Sentencia No. 16856 de 10 de marzo de 2011.

El 29 de enero de 1987 el Instituto Colombiano Agropecuario ICA y la Sociedad Aljor S.A. celebraron el Contrato No. CD-01-87 para la construcción del laboratorio de bioseguridad LIMV, fijando plazo contractual de un (1) año. El 25 de abril de 1989 el Director General del ICA resolvió declarar la caducidad administrativa del Contrato DC-1-01-87 y hacer efectivas las garantías, en los términos de la Resolución No. 1427 de 25 de abril de 1989; así las cosas la parte actora pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 1427 de 25 de abril de 1989 y 1973 de 8 de junio del mismo año, por las cuales la entidad accionada declaró la caducidad del Contrato No. DC-1-01-87 y confirmó dicha determinación; que se liquide el contrato y se ordene la indemnización de perjuicios, dado que la entidad demandada incurrió en desviación de poder y falsa motivación.

Para el efecto, la Sala se pronunció sobre los cargos de falsa motivación y desviación de poder imputados por la actora a las resoluciones señaladas, de ahí que el Consejo de Estado afirmó que para realizar los fines del Estado las autoridades públicas gozan de potestades constitucionales, legales y reglamentarias, entre ellas de la potestad de declarar la caducidad administrativa de los contratos en curso, por incumplimiento del contratista y en orden a la satisfacción del interés general comprometido por la no realización o ejecución tardía o indebida del objeto contractual.

Con respecto de la temporalidad de la facultad de declarar la caducidad en materia contractual, recordó las dos posturas manejadas sobre el tema; la primera, en la que se estableció “que la declaratoria de caducidad procedía únicamente durante la vigencia del contrato”, pues su propósito tenía que ver con el posibilitar a la administración para liquidar anticipadamente el vínculo jurídico existente en búsqueda de la realización del frustrado objeto contractual; la segunda, según la cual, la caducidad puede ejercerse en la fase de liquidación, entendiendo que es en esa etapa en la que se hace un balance final de derechos y obligaciones.

Efectuado lo anterior, y con el fin de aplicarla en el caso concreto, asumió la postura adoptada por el Consejo de Estado en la Sentencia No. 17031 de 20 de noviembre de 2008, para concluir que “la declaratoria de caducidad por fuera de la vigencia contractual, en cuanto innecesaria para la realización de los derechos e interés generales comprometidos en la extinguida vinculación, precisamente por su finalización, extralimita las potestades sancionatorias de la Administración. Por ello, fenecido el plazo o realizado el objeto contractual, se extingue el contrato y con él la facultad de la administración de darlo por terminado en ejercicio de potestades exorbitantes, al margen del incumplimiento contractual.”

En ese orden, se confirmó la sentencia recurrida, pues encontró demostrado el incumplimiento contractual del contratista y por ende ajustada a derecho la decisión de la entidad pública demandada en declarar la caducidad del contrato.

6. Sentencia No. 15024 de 12 de julio de 2012

El Municipio de Chámeza (Casanare) celebró un contrato de obra con la empresa NIMROD MIR LTDA con el fin de llevar a cabo la construcción de un puente, pactando como plazo máximo de entrega de la obra, de manera convencional, el 19 de julio de 1994; la entidad estatal, mediante Resolución No. 044 de 21 de julio de 1994 decretó la caducidad del contrato, esto es,

después de que el plazo de ejecución respectivo había expirado. Sin embargo, el contratista, sin oposición por parte del municipio y con el aval del Concejo Municipal, continuó con la ejecución de la obra y finalmente, la entidad estatal, liquidó de manera unilateral el contrato sin reconocerle al primero el pago de algunas sumas pendientes.

En ese orden, el contratista acudió a la jurisdicción contencioso administrativa, solicitando la nulidad del acto complejo que decretó la caducidad en mención, así como el de liquidación unilateral, alegando, entre otros, una falsa motivación de los mismos.

El Consejo de Estado, al evaluar el caso, previo a atender los argumentos del demandante, y aunque no haya sido tenido en cuenta en la demanda, estimó pertinente evaluar la competencia de la entidad estatal para decretar la caducidad del contrato, habida cuenta de que el acto que la declaró fue expedido con posterioridad a la extinción del plazo de ejecutoria y que dicho vicio, en caso de configurarse, constituye el más grave de todos.

Ya en el análisis del caso concreto, comenzó por retomar lo dispuesto en la Sentencia No. 17031 de 2008, según la cual, al referirse a la competencia de la administración para decretar la caducidad de un contrato indicó que “sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre éste vigente, y no durante la etapa de la liquidación”.

Seguidamente, puso de presente que la prestación principal que debía cumplir el contratista era la entrega de un puente “montado e instalado”, misma que se encontraba sujeta a un plazo, por tanto, solo era exigible al momento de la llegada de la fecha acordada para el efecto, para pasar a indicar en qué consiste la declaratoria de caducidad, de manera paralela, acorde a las disposiciones del Decreto 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993; lectura de la que concluyó que en dichos textos, “el legislador diferenció claramente los conceptos de “obligación” y “contrato”, para indicar que el incumplimiento lo predica de las obligaciones, en tanto que del contrato se

predica la caducidad como consecuencia de la imposibilidad o la afectación grave y directa de su ejecución, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones”.

Con lo anterior, y como fundamento de la decisión indicó:

“En ese orden de ideas, la Sala concluye que las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad”.

Para reforzar lo anterior, explicó que decretar la caducidad una vez haya expirado el plazo de la ejecución del contrato impediría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, mismo que al tenor de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 80, consiste en impedir 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”, y en palabras del Consejo de Estado, “conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado”.

Con lo anterior, encontró que el acto que decretó la caducidad se emitió con falta de competencia temporal del Alcalde del Municipio de Chámeza para el efecto, por lo que resolvió decretar su nulidad y la de los que se expidieron con ocasión de aquel.

7. Sentencia No. 24697 de 24 de octubre de 2013

Entre los Departamentos de Caldas y Córdoba se celebró un convenio de introducción de licores, el 7 de diciembre de 1995; la duración se pactó en dos (2) años, contados a partir de la legalización. Posteriormente, se suscribió un contrato entre el Departamento de Córdoba y el Consorcio Dislicores Comercializadora Internacional Ltda y Señales Ltda, con objeto de entregar en concesión la introducción, distribución y venta de licores.

El Consorcio contratista, incumplió las obligaciones contractuales situación que conllevó a que mediante Resolución No. 0000149, del 14 de febrero de 2000 el Departamento de Córdoba declare la caducidad del contrato.

El Consorcio Dislicores Comercializadora Internacional Ltda y Señales Ltda, acudió a la jurisdicción contenciosa administrativa para solicitar la nulidad de las resoluciones mediante las cuales se declaró la caducidad y la que resolvió negativamente el recurso interpuesto; el Tribunal Administrativo de Córdoba declaró la nulidad de los actos administrativos porque el ente territorial declaró extemporáneamente el incumplimiento del contrato, declaró el incumplimiento del contrato por parte del Departamento de Córdoba y lo condenó a pagar daño emergente y lucro cesante, ante lo cual el Departamento de Córdoba impugno la decisión.

Para dar solución al caso en referencia la Sala Tercera del Consejo de Estado procedió a observar el factor temporal con que cuenta la administración para imponer la sanción de caducidad, retomando para ello lo expuesto en la Sentencia No. 15024 del 2012, sentencia de unificación, según la cual, sólo durante el plazo del contrato se puede declarar la caducidad, de manera que tan pronto vence, aunque siga en ejecución, no es posible hacerlo.

Sobre el tópico y como fundamento de la decisión expuso:

“(…) En ese orden de ideas, la Sala concluye que las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad.(…)

Es importante señalar, que el Magistrado ponente, indicó que respecto de la providencia citada como fundamento de la decisión salvó voto, bajo el entendido de que para su consideración, si es viable que aún agotado el plazo de ejecución, siempre que ésta se mantenga, la entidad estatal haga ejercicio de la caducidad. Sin embargo, consideró que para el caso en estudio no era viable ahondar en la temática, toda vez que la controversia se trabó en torno a la existencia del incumplimiento que dio lugar a la declaratoria de caducidad en vigencia del plazo contractual, siendo que la posición mayoritaria y la jurisprudencia ha aceptado, con justa razón, que en ese interregno precisamente es cuando ese poder excepcional tiene lugar.

Con fundamento en lo anterior y atendiendo a que la declaratoria de caducidad en el caso se ajustó a los parámetros legales y jurisprudenciales aplicables, decidió confirmar la decisión que despachó de manera negativa la pretensión del demandante.

8. Sentencia No. 26705 de 26 de junio de 2014

El objeto de la decisión en esta oportunidad giró en torno al contrato celebrado el 20 de octubre de 1997 entre el Fondo de Desarrollo Local de Barrios Unidos y la Sociedad Francisco Mahecha Rubiano Cía- Ltda., denominado Contrato No. 145, cuya finalidad era ejercer la interventoría sobre unos contratos de obras públicas.

Mediante Resolución No. 017 del 25 de agosto de 1998 se declaró la caducidad del Contrato de Interventoría y se ordenó su liquidación, actuación que posteriormente se realizó de manera unilateral a través de la Resolución No. 002 de febrero de 1999.

El Consejo de Estado, con el fin de resolver el cuestionamiento planteado, trajo a colación las tesis planteadas en las Sentencias Nos. 17031 de 2008 y 15024 de 2012 sobre la competencia temporal para decretar la caducidad; mismas que como se ha dicho en las reseñas que sobre éstas se exponen atrás, indican que las entidades públicas no pueden hacer uso de esa cláusula excepcional de caducidad una vez expirado el plazo de ejecución pactado inicialmente en el contrato, así como en los contratos adicionales que se llegaren a suscribir.

En ese orden, concluyó que “la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre vigente y no durante en la etapa de liquidación, habida cuenta que una vez fenecido el plazo convenido no se acompasa con la finalidad y sentido de esta medida excepcional que debe ser de interpretación restrictiva”.

Finalmente, el Consejo de Estado revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar declaró la nulidad de la resolución que declaró la caducidad por que el vicio de incompetencia es insanable y condenó al Distrito Capital de Bogotá a pagar lucro cesante.

9. Sentencia No. de 28042 13 de noviembre de 2014.

En el año de 1993, la Sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA y el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL– FAVIDI, celebraron un convenio con el fin de sacar adelante la construcción de 528 viviendas de interés social, al que después, por conducto judicial, denominaron contrato de transacción.

Seguidamente, el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL– FAVIDI, mediante las Resoluciones No. 273 de 7 de julio y 338 del 19 de agosto, de 1999, declaró la caducidad de dicho contrato y confirmó la aludida decisión, las cuales fueron el objeto de controversia dentro de la sentencia que se estudia, dado que giró respecto de la solicitud de declaración de nulidad de las mismas.

En esta oportunidad, el Consejo de Estado, tras aclarar que en el caso se estaba realmente frente a un contrato cuya prestación principal era la construcción de 528 viviendas de interés social y que por ello la inclusión de la cláusula de caducidad era de obligatoria consagración o implícitamente pactada, procedió a evaluar la competencia de la entidad estatal para declararla en la fecha en la que agotó dicha actuación.

Para el efecto, retomó lo expuesto en las Sentencias Nos. 17031 de 2008 y la de unificación 15024 de 2012, que recogió la postura de la anterior, respecto de la competencia temporal de la administración para decretar la caducidad, tomando como fundamento principal de la decisión que:

“(…) vencido el plazo de ejecución, la administración no puede declarar la caducidad en cuanto la potestad le ha sido conferida para la realización de los intereses generales que el cumplimiento del objeto contractual comprende y no para hacer uso de un poder sancionatorio. Por ello, fenecido el plazo o realizado el objeto contractual, se extingue el contrato y con él la

facultad de la administración de darlo por terminado, en ejercicio de potestades exorbitantes, al margen del incumplimiento contractual”

Aplicando lo anterior al caso concreto, concluyó que la administración procedió acorde con sus facultades cuando declaró la caducidad del contrato, toda vez que al adelantar la actuación, habiendo transcurrido ocho de los once meses pactados como plazo para la ejecución del contrato, existía un incumplimiento del 35.77%, sumado a la suspensión de la obra sin que medie justificación.

10. Sentencia No. 28950 de 1 de junio de 2015

Entre el Distrito Capital de Bogotá D.C. por intermedio de la Secretaria de Educación y Gustavo Muñoz y CIA. S.C.A., celebraron el 12 de septiembre de 1997 el Contrato No. 404 para la construcción del Colegio Fabio Lozano Simonelli en la Localidad de Usme, Distrito Capital de Santafé de Bogotá, disponiendo como plazo del mismo el 15 de diciembre de 1998, término al cual se le adicionó noventa (90) días calendario, razón por la que, según la sentencia en comento, hasta ese estado del contrato, el plazo de ejecución vencía el 14 de marzo de 1999.

También, que se acordó, un término adicional de cuarenta y cinco (45) días hábiles más de vigencia y dentro del cual debía iniciarse los trámites de liquidación del contrato.

La Secretaria de Educación través de la Resolución No. 790 del 1º de marzo de 1999, declaró la caducidad del Contrato No. 404, procedió a notificarla la decisión por edicto y misma que quedó surtida el 26 de marzo de 1999, dentro del término de ejecución contractual, toda vez que el término vencía el 10 de mayo de 1999. La decisión en comento fue confirmada mediante Resolución No. 1730 del 4 de junio de 1999.

Once (11) meses después de la declaratoria de caducidad y su consecuente terminación del contrato, la entidad contratante lo liquidó unilateralmente, a través de la Resolución No. 1563 de

2000, la cual quedó en firme el 13 de julio de 2000.

La primera consideración de la Sala, fue que cuando se trata de actos encaminados, es decir cuando de un acto se deriva la obligatoriedad de realizar otro, que para el caso que nos ocupa es a raíz de la declaratoria de caducidad, se debió efectuar la liquidación unilateral del contrato, el término de caducidad de la acción correrá a partir de la ejecutoria del acta de liquidación, siempre y cuando se haya realizado dentro del tiempo con el que cuenta la administración para efectuarla, que en este caso corresponde a seis (6) meses. Situación que lleva a concluir que la acción se ejerció dentro del plazo estipulado.

Como argumento principal con respecto al tema de la caducidad, la Sala, determinó que solo procede en ciertas circunstancias que reflejen el incumplimiento grave, el cual se evidenció en la paralización de las obras, toda vez que el contratista se limitó a solicitar a la interventoría plazos adicionales, sin realizar las labores necesarias de la obra durante el plazo faltante. Reafirma que las actuaciones de la administración deberán efectuarse garantizando el debido proceso y que en caso objeto de estudio con todos los documentos relacionados como pruebas, se evidencia con meridiana claridad que la administración no efectuó vulneración de citado derecho, razón por la cual se puede concluir la declaratoria de caducidad no fue sorpresiva para el contratista.

En cuanto a la falta de competencia o extemporaneidad de la caducidad del contrato en jurisprudencia del Consejo de Estado, Expediente No. 24697 del 24 de octubre de 2013, señaló:

“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. Luego de infinidad de debates, recientemente la Sala Plena de la Sección Tercera profirió una sentencia de unificación jurisprudencial, que sostiene que sólo durante el plazo del contrato se puede declarar la caducidad, de manera que tan pronto vence, aunque siga en

ejecución, no es posible hacerlo. (...) Frente a esta sentencia, el magistrado que actúa como ponente del proceso sub iudice (sic) salvó el voto, porque -en su criterio- incluso vencido el plazo es posible declarar la caducidad, siempre que el contrato siga en ejecución. No obstante, al margen de este aspecto, que no incide en la decisión de fondo, lo que interesa destacar de la posición mayoritaria es que no cabe duda que durante el plazo de ejecución es posible declarar la caducidad, pues nadie lo debate o niega; de hecho la discusión sólo radicó en la posibilidad de hacerlo por fuera del término, nunca dentro de él. (...) 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”.

Con fundamento en lo anterior, el Consejo de Estado consideró que el contrato tuvo una terminación anticipada por la declaratoria de caducidad y que la misma se efectuó dentro de la ejecución del contrato. Adicionalmente, reafirmó la teoría del Tribunal de Primera Instancia en lo concerniente a que dentro de la declaratoria de caducidad la administración “puede declarar el siniestro por concepto del incumplimiento y por los otros riesgos inherentes a la ejecución de la obra como es el mal manejo de los anticipos, esto es por no haberse ejecutado las respectivas inversiones conforme al cronograma de obra”

En conclusión, la Sala, confirmó la sentencia apelada, y efectuó unos cambios respecto a los valores señalados en el acta de liquidación, toda vez que consideró que los costos reclamados por los contratistas estaban debidamente respaldados y no efectuar la respectiva devolución al contratista podría derivar en un enriquecimiento sin justa causa por parte de la administración

11. Sentencia No. 43949 de 9 de septiembre de 2015.

La Armada Nacional – Base Naval ARC2 de Málaga y Coopacífico Ltda, el 23 de octubre de 2000 celebraron el contrato No. 2-412S-ADBN2/2000 cuyo objeto lo constituyó la ejecución de las obras de dragado del fondo marino en la zona de Rampa Submarina del Varadero de la Base Naval ARC Málaga; la obra se suspendió en diferentes oportunidades, lo que llevó a que se pactaran algunas prórrogas del plazo de ejecución del contrato.

El 19 de diciembre de 2001 previos los trámites pertinentes, la entidad estatal por medio de Resolución No. 0004-ADBN2 -2001, declaró la caducidad del contrato, decisión que recurrida se confirmó. Seguidamente, se efectuó la liquidación unilateral del mismo.

En ese orden, el contratista, entre otras pretensiones, buscó vía judicial la declaratoria de nulidad de la primera determinación en mención y su confirmatoria, motivo por el cual el Consejo de Estado estudió el tópico, analizando en un primer momento, la competencia temporal de la administración para declarar la caducidad.

Para el efecto, retomó la postura acogida por la Sección Tercera de esa Corporación, en especial en lo establecido, entre otras, en la Sentencia No. 17031, que sobre el tema advirtió que “la competencia temporal para declarar la caducidad se encuentra restringida a que su ejercicio se produzca durante el plazo de ejecución estipulado, por lo que, fenecido éste, la respectiva entidad pública contratante pierde la competencia *ratione temporis* para declararla”, indicando que esa postura además se sostuvo en la providencia emitida dentro del expediente No. 15024 de 2012.

Ahora, para aterrizar lo anterior al caso concreto, luego de hacer un recorrido probatorio, concluyó que el plazo de ejecución del contrato finalizó el 6 de septiembre de 2001; sin embargo, que pese al evidente incumplimiento y ausencia de solvencia del contratista para

culminar el objeto contractual, el acto administrativo que emitió la entidad estatal declarando la caducidad del contrato se profirió el 19 de diciembre de 2001, es decir, meses después de haberse finalizado el término indicado con antelación, por lo que ya no tenía competencia para hacerlo. Así las cosas, como fundamento de la decisión sentó:

En ese sentido, para la Sala no resulta ajustado a las finalidades mismas del instituto jurídico aplicado que la entidad esperara a la expiración del plazo de ejecución del contrato para comprobar la configuración de un incumplimiento grave del negocio jurídico, menos cuando, según las actas de prórroga, durante todo el plazo se evidenció que la ejecución de su objeto presentaba retrasos insuperables que impedirían la culminación de las actividades, de manera que no era una circunstancia que se hiciera palmaria una vez vencido su término, sino que casi desde el inicio se puso en evidencia la imposibilidad del contratista de (sic) llevara cabo las labores de dragado.

En ese orden, resolvió declarar la nulidad, por falta de competencia, de los actos administrativos que decretaron la caducidad.

12. Sentencia No. 56179 de 10 de noviembre de 2016

En la sentencia se estudiaron varias demandas de manera acumulada, de las cuales para el presente trabajo, se destaca la interpuesta con ocasión del Contrato No. 060 de diciembre 29 de 2003, celebrado entre la Sociedad Movicon S.A. y el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural-Incoder, cuyo objeto era ejecutar diversas obras civiles tendientes a la rehabilitación del Distrito de Riego y Drenaje en Gran Escala de María la Baja; dentro del cual se presentaron algunos impases e imprevistos, según la demandante por fuerza mayor, así como incumplimientos por parte de la entidad estatal, que retrasaron la programación de la ejecución del contrato.

El 24 de diciembre de 2004 la entidad demandada emitió la Resolución No. 0232 mediante la cual declaró la caducidad del Contrato de Obra No. 060 de 2003, misma que interpuestos los recursos de ley fue confirmada.

Ahora, como el objeto de la demanda, entre otros, fue analizar la legalidad de la resolución en cita, para el presente trabajo se trae a colación lo que respecto de la competencia temporal para declarar la caducidad dijo el Consejo de Estado.

Con la anterior finalidad, recordó el tránsito jurisprudencial que sobre el tema se ha manejado, explicando que previo a la expedición de la Sentencia radicado No. 17031 de 2008, se aceptaba que la administración podía declarar la caducidad del contrato incluso en la etapa de liquidación. En ese orden, partiendo de los presupuestos de esa providencia, aunado a lo expuesto en la Sentencia de Unificación radicado No. 15.024 de 2012, sentó el fundamento de la decisión así:

Teniendo en cuenta los requisitos de procedencia y la finalidad primordial de la figura de la caducidad contractual, se evidencia que su ejercicio no tiene sentido alguno una vez vencido el plazo de ejecución del contrato, pues mal podría 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 ha acaecido se extingue la competencia de la administración para declararla.

Así las cosas, aterrizando lo anterior al caso concreto indicó que si el plazo de ejecución del contrato vencía el 24 de octubre de 2004 y si la declaratoria de caducidad se efectuó dos (2) meses después de dicho espacio temporal, la caducidad se decretó por fuera del término de ejecución del contrato, razón por la cual determinó confirmar la sentencia que anuló la decisión demandada.

13. Sentencia No. 42105 de 14 septiembre de 2017.

El Instituto Nacional de Vías y la Sociedad Asfaltando Ltda, celebró Contrato de Obra No. 0694 de 2001 cuyo objeto fue la rehabilitación del Sector Yuto-Cértegui, Tramo II, desde Cértegui, Ruta 13, Tramo 1307, por valor de \$ 7.275.830.261, con un plazo de ejecución de once (11) meses. Terminado el plazo de ejecución y mediante Resoluciones Nos. 01202 del 30 de marzo y 4342 del 5 de octubre, de 2004, el Instituto Nacional de Vías declaró la caducidad del contrato, por incumplimiento grave de las obligaciones del contratista que condujeron a la imposibilidad de la ejecución del objeto contractual y ordenó: i) su liquidación; ii) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato. Por lo anterior Asfaltando Ltda., el día el 3 de octubre de 2005 presentó demanda solicitando que se declare la nulidad de las resoluciones señaladas.

Como aspecto a resaltar se identifica que la sociedad Asfaltando Ltda. y la Compañía Agrícola de Seguros S.A., presentaron, en contra del Instituto Nacional de Vías, cinco (5) demandas ante el Tribunal Administrativo del Chocó, que dieron lugar a igual número de procesos, los cuales fueron acumulados por el a-quo antes de proferir la sentencia objeto de apelación; por consiguiente, para el caso en concreto se procederá al estudio de fondo y desarrollo conceptual realizado por el Consejo de Estado de las Resoluciones Nos. 01202 del 30 de marzo y 4342 del 5 de octubre, de 2004, mediante las cuales se decretó y se confirmó la caducidad del contrato.

En los hechos, la parte actora dio cuenta de la celebración y ejecución del Contrato de Obra No. 0694 de 2001, cuyo plazo vencía el 30 de septiembre de 2002, pero el contratista tuvo que permanecer en el lugar de los trabajos hasta el 15 de julio de 2003.

Al respecto, el Consejo de Estado indicó que la controversia giró en torno a determinar la temporalidad para decretar la caducidad.

En ese orden, para determinar la temporalidad en la cual INVIAS expidió las resoluciones materia de controversia, tomó como referencia la Sentencia No. 17.031 de 20 de noviembre de 2008, oportunidad en la cual la Sala sostuvo que la declaratoria de caducidad sólo resultaba procedente durante el término de ejecución del contrato y no cuando éste ya se hubiera terminado. Así mismo, que sólo procede en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista "que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización".

Ahora, en la providencia en estudio, indicó que la determinación de los límites temporales para el ejercicio de las facultades excepcionales, han suscitado diversas posiciones jurisprudenciales, razón por la cual, en el año 2012 expidió una sentencia de unificación jurisprudencial en torno al tema, esto es, la Sentencia No. 15024.

Con fundamento en dicha determinación y haciéndola aplicable al caso concreto, la Sala determinó que "las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del

contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad”.

Con lo anterior, concluyó que el acto de caducidad del Contrato de Obra No. 694 de 2001 fue ilegal por falta de competencia temporal para su expedición y que el acto de liquidación unilateral es parcialmente nulo, en la parte que ordenó los descuentos derivados de la declaratoria de caducidad; en consecuencia, la sentencia de primera instancia debió ser modificada.

6. Conclusiones

Las potestades excepcionales previstas en el ordenamiento jurídico son consideradas como soluciones extremas, en casos donde se evidencia causales graves de incumplimiento de las obligaciones contractuales, considerándose éstas como medios de control con que cuentan las entidades públicas con el fin de salvaguardar la continuidad de la prestación del servicio público y la preservación de patrimonio estatal, siendo éste el común denominador entre ellas.

Ahora, lo que diferencia a la cláusula de caducidad con las demás es su carácter sancionatorio, dado que más allá de terminar la relación contractual independientemente del estado en el que se encuentre el avance hacia la materialización del objeto contractual, impone una sanción de inhabilidad para contratar con cualquier otra entidad estatal, esto es, la veda para adelantar procesos contractuales de cualquier tipo con la administración y abre el camino para que se hagan efectivas las cláusulas pecuniarias por incumplimiento.

La caducidad, entendida como cláusula excepcional, resulta ser un instrumento de la administración para sacar adelante la dirección, vigilancia y cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el particular en un contrato estatal, siendo la esencia de su creación la preservación del interés general en la materialización de los fines del Estado a través de la contratación pública. En ese orden, su aplicación aunque con un margen amplio de movilidad, por cuando es una potestad propia de la autoridad, exige el respeto al debido proceso. En ese entendido, emerge para el contratista presuntamente incumplido el derecho de debatir y demostrar que las circunstancias que han llevado a la entidad estatal a concluir que se está frente a un incumplimiento de las obligaciones contractuales, están indebidamente fundadas o se han adoptado las medidas necesarias para desaparecerlas.

Así, una de las manifestaciones de ese debido proceso, es que la aplicación de la cláusula de caducidad se dé dentro del espacio temporal que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para tal fin.

La definición del límite temporal para la aplicación de la cláusula excepcional de caducidad, objeto de la presente línea, no ha sido uniforme en la interpretación de la jurisprudencia del Consejo de Estado; así, en un primer momento se tiene que concibió que la misma podría tener aplicación incluso en la etapa de liquidación del contrato, en el entendido de que podrían persistir obligaciones pendientes aún en ese lapso; sin embargo, tiempo después, esto es, a través de la Sentencia No. 17031 de 2008 revaluó esa postura, para indicar que la cláusula de caducidad sólo puede tener aplicabilidad en la etapa de ejecución del contrato, planteamiento que se recogió y se unificó como criterio de interpretación mediante Sentencia No. 15024 de 2012.

En nuestro criterio, dicha variación resultó acertada y acorde a la actualidad normativa y a la esencia misma de la cláusula, esto es, evitar la paralización del objeto contractual y no la exigencia de obligaciones no inherentes a éste, para lo cual, el ordenamiento jurídico ha dispuesto otros mecanismos.

Se insiste, con la caducidad se busca evitar causar un perjuicio durante la ejecución de un contrato, lo que por obvias razones no tiene lugar en la etapa de liquidación, en la cual el plazo del contrato y por ende el término establecido para cumplir con el objeto contractual ya ha fenecido.

De las sentencias sentadas en la presente línea, mismas que bien sea como objeto de la demanda, como vicio de competencia o como paralela a otros temas, hicieron alusión a la competencia temporal para declarar la caducidad contractual, puede extraerse el siguiente análisis; para el primer periodo, comprendido entre el año 1999 y antes de la Sentencia No.

17031 de 20 noviembre de 2008, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en 3 providencias, consideró que aunque la norma que consagra el poder excepcional en cuestión indica que se ejecuta en la ejecución del contrato, lo cierto es que atendiendo a que agotado éste es cuando se puede evaluar a si el contratista cumplió o no a cabalidad con los compromisos exigidos, y por tanto, resultaba viable que en dicho interregno se de aplicación de la caducidad.

Empero, a partir de la providencia en cita a la fecha, se emitieron 10 sentencias que aún recordando el anterior planteamiento, se consideró que aceptarlo desdibujaría la finalidad de la cláusula en estudio, que no es otra que evitar la paralización del contrato, para considerarla únicamente como un mecanismo sancionador e indemnizatorio.

Sin embargo, conviene advertir que aún con el giro de postura sentado en el 2008, retomado en la sentencia de unificación que sobre el tema se expidió en 2012, lo cierto es que aún en el año 2013, parte de la Sala manifiesta su sin sabor con dicha postura, circunstancia que llevó a un Magistrado Ponente a aclarar la decisión que el mismo adoptó en dicha condición.

Así las cosas, al interior de la línea se encuentra que aunque con un criterio de unificación, reiterado en diferentes oportunidades, existen pronunciamientos que indican que por fuera del plazo establecido para la ejecución de un contrato es posible, siempre y cuando el contrato se siga ejecutando, que la entidad estatal aplique la cláusula de caducidad.

Para el grupo, dicha postura dista de lo recogido por la misma Sección Tercera, que claramente indicó que si bien se ha reconocido que vencido el plazo del contrato o sus prorrogas, es posible recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, lo que claramente podría confundirse con la continuidad de la ejecución, no puede considerarse que se está frente a una extensión del mismo. Por lo anterior, conviene advertir que resulta ajustada a la realidad y

finalidad normativa que aún con cumplimientos posteriores al vencimiento del plazo contractual, se dé lugar a una declaratoria de incumplimiento para aplicar la caducidad.

Resulta conveniente indicar que como requisito de declaratoria de caducidad se requiere de la configuración de un incumplimiento, siendo que ante la inexistencia de éste, tal actuación resulta ilegal. Además, como ya se dijo párrafos atrás, se requiere que dicho incumplimiento afecte de manera grave la continuidad del contrato.

Así pues, se tiene que no todo incumplimiento va dar lugar a la caducidad, y que es más, jurisprudencialmente se ha aceptado que éste si se puede declarar aún en la etapa de liquidación del contrato; sin embargo, lo anterior sólo con el fin de hacer efectivas multas pecuniarias.

Referencias Bibliográficas

- Consejo de Estado. (1998). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P: Juan De Dios Montes Hernandez, Auto de veinte (20) de agosto Rad: (14202).
- Congreso de Colombia (28 octubre de 1993) Estatuto General de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993] Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá: Diario oficial.
- Consejo de Estado, (9 de octubre de 2013) Sentencia 2003-01227. [MP. Mauricio Fajardo Gómez]
- Consejo de Estado. (1 de junio de 2015). Sección Tercera, Subsección C. Sentencia 28950. [MP. Olga Melida Valle de la Hoz]
- Consejo de Estado. (12 de julio de 2012). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia 15024. [MP. Danilo Rojas Betancourth]
- Consejo de Estado. (13 de noviembre de 2014). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia 28042. [MP. Stella Conto Díaz del Castillo]
- Consejo de Estado. (14 de septiembre de 2017). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia 42105. [MP. Danilo Rojas Betancourth]
- Consejo de Estado. (23 de junio de 2010). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 16.367. [MP. Enrique Gil Botero]
- Consejo de Estado. (26 de junio de 2014). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia 25000-23-26-000-2000-02151-01(26705) [MP. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero]
- Consejo de Estado. (9 de septiembre de 2015). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia 43949. [MP. Hernán Andrade Rincón]

Consejo de Estado. (10 de marzo de 2011). Sección Tercera. Sentencia 16856. [MP. Stella Conto Díaz del Castillo]

Consejo de Estado. (10 de noviembre de 2016). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia 56179. [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

Consejo de Estado. (11 de mayo de 1999). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 10.196. [MP. Ricardo Hoyos Duque]

Consejo de Estado. (13 septiembre de 1999). Sección Tercera. Sentencia 10264. [MP. Ricardo Hoyos Duque]

Consejo de Estado. (18 de marzo de 2004). Sección Tercera. Sentencia 15936. [MP. Ricardo Hoyos Duque]

Consejo de Estado. (1994). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.

Consejo de Estado. (2 de marzo 2016) Sección Primera. Sentencia 25000-23-41-000-2013-00127-01. [MP. María Elizabeth García González]

Consejo de Estado. (20 de noviembre de 2008). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 17031. [MP. Ruth Stella Correa Palacios]

Consejo de Estado. (2000). Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente, Luis Camilo Osorio Isaza, Radicación número 129, Diciembre Catorce (14)

Consejo De Estado. (2004). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación número: (10779), Bogotá D.C., veintinueve (29).

Consejo de Estado. (2008). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero. Radicación número: 2500023260002000053301. Exp. (35827) de primero (1º) de diciembre.

Consejo de Estado. (2009). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P..

Radicación número: 85001233100019970037401 Exp. (15797) de veinticinco (25) de febrero.

Consejo de Estado. (2010). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera

Ponente, Ruth Stella Correa Palacio, Radicación Número: 50001-23-31-000-1993-04051-01 Exp. (16496) del nueve (9) de junio.

Consejo de Estado. (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.

Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 76001-23-31-000-1999-02622-01 Exp. (24996) de Trece (13) de febrero.

Consejo de Estado. (2016). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia

39665. [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E)]

Consejo de Estado. (24 de octubre de 2013). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Tercera, Subsección C. Sentencia 24697. [MP. Enrique Gil Botero]

Consejo de Estado. (24 de septiembre de 1998). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Tercera. () Sentencia 14821. [MP. Ricardo Hoyos Duque]

Consejo de Estado. (3 de octubre de 2012). Sección Tercera, Subsección A. Sentencia 26.140.

[MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera]

Consejo de Estado. (9 de septiembre de 2000). Sección Tercera. Sentencia 10540. [MP. Ricardo

Hoyos Duque]

Contratos de la Administración Pública. (2009). Francisco Cuello Duarte. Bogotá: Editorial Ecoe

Ediciones.

Corte Constitucional. (2001). Sentencia T-1341/01, Referencia: expediente T-463.211, Acción

de tutela instaurada por Inversiones Los Angeles Ltda., contra el Distrito Especial,

- Industrial y Portuario de Barranquilla, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis, Bogotá, D.C., once (11) de diciembre
- Corte Constitucional. (1 de marzo de 1995) Sentencia C 86/95- Exp. D-647 y D-672. [MP. Vladimiro Naranjo]
- Corte Constitucional. (20 de octubre de 1994) Sentencia C-454. [MP. Fabio Morón Díaz]
- Corte Constitucional. (2009). Sala Plena, M.P. Maria Victoria Calle Correa. C-713 de siete (7) de octubre. Exp. (7663).
- Corte Constitucional. (4 de octubre de 2000) Sentencia T- 1341. [MP. Cristina Pardo Schlesinger]
- Corte Constitucional. (8 de noviembre del 2000) Sentencia C-1514. [MP. Martha Victoria Sáchica Méndez]
- Corte Constitucional. (9 de agosto de 2012) Sentencia C 620 Exp 855. [MP. Jorge Ignacio Pretel Jalub]
- Cuello, F. (s.f). *Contratos de la Administración Pública*. Tercera Edición. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Dávila, L. (2016). *Régimen Jurídico de la contratación estatal*. Tercera edición. Bogotá: Legis editores S.A.
- Expósito Vélez, J. (2013). *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Matallana, E. (2015). *Manual de Contratación de la Administración*. Cuarta Edición Pública. Bogotá: Editorial-. Universidad Externado de Colombia.
- Meléndez, J. (2009). *Régimen Patrimonial de los Contratos Estatales y de los Riegos en el Derecho Contractual. El contrato estatal de obra pública y de concesión de*

infraestructuras del transporte en Colombia. Bogotá: Editorial Ediciones doctrinas y ley LTDA.

Presidencia de la Republica de Colombia (17 de julio de 2013). Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. [Decreto 1510 de 2013] DO: 48.854. Bogotá: Diario oficial.

Presidencia de la República de Colombia (26 de mayo de 2015). Por medio de la cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Administrativo. [Decreto 1082 de 2015]. Bogotá: Diario oficial.

Rodríguez, L. (2008). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá – Colombia: Temis S.A.