

**APROXIMACIÓN AL CONTROL ADMINISTRATIVO Y JURISDICCIONAL DE LAS
CLÁUSULAS EXCEPCIONALES DE CADUCIDAD Y TERMINACIÓN UNILATERAL
DEL CONTRATO ESTATAL EN COLOMBIA**

[Análisis desde la vigencia del Estatuto General de Contratación Estatal (1993)]

JORGE MARIO SANTIAGO MUÑOZ

CÓDIGO: 100115012050

ZULY ALEXANDRA ORDÓÑEZ VELASCO

CÓDIGO: 100116010963



FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DEL CAUCA

POPAYÁN

2023

**APROXIMACIÓN AL CONTROL ADMINISTRATIVO Y JURISDICCIONAL DE LAS
CLÁUSULAS EXCEPCIONALES DE CADUCIDAD Y TERMINACIÓN UNILATERAL
DEL CONTRATO ESTATAL EN COLOMBIA**

[Análisis desde la vigencia del Estatuto General de Contratación Estatal (1993)]

Trabajo de grado para optar al título de Abogado de la Universidad del Cauca

JORGE MARIO SANTIAGO MUÑOZ

CÓDIGO: 100115012050

ZULY ALEXANDRA ORDÓÑEZ VELASCO

CÓDIGO: 100116010963

Dr. FAVIAN ANDRÉS DIAZ

ASESOR

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DEL CAUCA

POPAYÁN

2023

PRÓLOGO

El contrato estatal en Colombia ha mantenido una evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial dispuesta a establecer el procedimiento de contratación con el fin de garantizar el efectivo cumplimiento de los fines del Estado.

Sumado a eso, la Ley 80 de 1993 y sus Decretos complementarios han dispuesto una serie de prerrogativas de origen público categorizadas como cláusulas excepcionales, establecidas como los canales para romper el equilibrio y la conmutatividad contractual cuando se presenten hechos sobrevinientes que pongan en dificultades los objetivos de la administración para el cumplimiento de objetos contractuales y que son aplicables en su gran mayoría a particulares que participan en los procesos de selección.

El presente trabajo bajo una recolección y análisis de fuentes documentales buscó definir descriptivamente cada uno de los principios que rigen la contratación pública, como también las diversas modalidades de selección, para confluir en el análisis concreto de la terminación unilateral y caducidad como medios o canales excepcionales usados para prevalecer el interés patrimonial del Estado.

Finalmente, este análisis incluye el cómo las entidades direccionan la expedición de estas cláusulas bajo la presunción de legalidad, establecido como control administrativo y al mismo tiempo el control jurisdiccional, definido como el abordaje judicial a cada una de las controversias contenciosas que surgen de sus declaratorias, cuando se sostenga la lesividad de derechos particulares.

AGRADECIMIENTOS

A la universidad del Cauca, docentes y cuerpo administrativo por hacer parte de este proceso de formación académica que ahora concluye. Así mismo a nuestros compañeros de formación por hacer parte de este valioso proceso de aprendizaje mutuo.

DEDICATORIA

A Dios por darnos la persistencia y valor para afrontar los tropiezos de nuestro camino. A nuestros padres por la tenacidad de acompañarnos, guiarnos y ser nuestro ejemplo de fortaleza y valentía. A nuestra querida Universidad del Cauca, profesores y compañeros, por ser maestros de vida. A nuestros amigos y demás familiares... Nuestra Gratitud por siempre.

RESUMEN

La figura de contrato estatal en Colombia mantiene su base legal en la Ley 80 de 1993. Con ella y a través de sus Decretos complementarios se establece un marco normativo adherido a garantizar la prestación de servicios públicos en el territorio colombiano, el cual se apoya en los particulares con el fin de garantizar este interés general. Así mismo, este marco normativo y aplicación es susceptible de control administrativo a nivel de las actuaciones de cada agente del Estado y control jurisdiccional cuando se establecen pugnas en referencia a derechos patrimoniales y extra patrimoniales por el uso de las facultades excepcionales o de prerrogativas de origen público. El presente proceso establece la aproximación analítica en el marco del uso de estas facultades, expresamente la de caducidad y de terminación unilateral, las cuales la doctrina ha definido como cláusulas excepcionales para la cautela y protección de intereses públicos frente a las relaciones negociales en el que participan particulares y Estado.

ABSTRACT

The figure of state contract in Colombia maintains its legal basis in Law 80 of 1993. With it and through its complementary decrees, a regulatory framework is established to guarantee the provision of public services in Colombian territory, which is supported by the individuals in order to guarantee this general interest. Likewise, this regulatory framework and application is susceptible to administrative control at the level of the actions of each State agent and jurisdictional control when disputes are established in reference to patrimonial and extra-patrimonial rights due to the use of exceptional powers or prerogatives of origin. public. The present process establishes the analytical approach within the framework of the use of these powers, expressly that of expiration and unilateral termination, which the doctrine has defined as exceptional clauses for caution and protection of public interests in the face of business relations in which Individuals and the State participate.

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO 1. EL CONTRATO ESTATAL EN COLOMBIA	11
1.1 GENERALIDADES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL A PARTIR DE LA LEY 80 DE 1993	11
1.1.1 El concepto del contrato estatal	11
1.1.2 Los principios de la contratación en Colombia	14
1.2 APROXIMACIÓN A LAS ETAPAS DEL CONTRATO ESTATAL	28
1.2.1 Planeación	28
1.2.2 Modalidades, procedimiento de selección y adjudicación del contrato	36
1.2.3 Etapa de suscripción del contrato estatal y requisitos de existencia del contrato estatal en Colombia	43
1.2.4 Requisitos de validez del contrato estatal en Colombia	56
1.3 EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL	68
1.3.1 Requisitos de ejecución	68
1.3.2 Supervisión del contrato	69
1.3.3 Cumplimiento del contrato	70
1.3.4 Generalidades de las cláusulas excepcionales	72
1.3.5 Reflexión sobre las cláusulas excepcionales de caducidad y terminación unilateral del contrato desde los Criterio funcional, criterio de las prerrogativas públicas, criterio teleológico	77

1.3.6 Tipos de liquidación del contrato estatal	83
CAPÍTULO 2. CONTROL ADMINISTRATIVO Y JURISDICCIONAL DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES DE CADUCIDAD Y TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO	87
2.1 CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES DE CADUCIDAD Y TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO	89
2.1.1 Acto administrativo en el sistema jurídico colombiano	89
2.1.2 Acto administrativo particular y sus características	94
2.1.3 Elementos de existencia y validez de los actos administrativos particulares	99
2.1.4 Actos administrativos derivados de las cláusulas excepcionales	101
2.1.5 El control administrativo de las cláusulas excepcionales de caducidad y terminación unilateral	104
2.1.6 Recursos contra los actos administrativos derivados de las cláusulas excepcionales	115
2.2 EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES DE CADUCIDAD Y TERMINACIÓN UNILATERAL	119
2.2.1 Control jurisdiccional frente a la declaratoria de caducidad	122
2.2.2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana	130
2.2.3 Control jurisdiccional frente a la declaratoria de terminación unilateral	133
2.2.4 Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana	138

2.2.5 Diferencias y semejanzas entre las cláusulas excepcionales de terminación unilateral y caducidad del contrato estatal	161
2.2.6 Conclusiones en relación con los controles jurisdiccionales de las cláusulas excepcionales de caducidad y terminación unilateral del contrato estatal	163
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	166

CAPÍTULO 1. EL CONTRATO ESTATAL EN COLOMBIA

1.1 GENERALIDADES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL A PARTIR DE LA LEY 80 DE 1993

1.1.1 El concepto del contrato estatal

El contrato estatal tiene su génesis en la consolidación de figuras jurídicas adaptables del derecho privado al derecho público, frente a las relaciones entre entidades y particulares. Esta necesidad de cristalizar un marco de normas capaz de solventar los negocios jurídicos del Estado hizo necesaria la reformación de esa remisión al régimen privado -en lo referido a la autonomía de la voluntad- en cautela de los fines esenciales de la prestación de servicios públicos.

Para el caso de Colombia, el desarrollo de las nociones de contrato estatal se han adoptado frente a la necesidad de trazar un marco de normas de derecho administrativo que procuren la satisfacción de necesidades de interés general, materializando los fines constitucionales, pero garantizando pluralidad de participación en actos o negocios jurídicos entre particulares y entidades públicas, que en la actualidad se realiza a través del estatuto de contratación pública, Ley 80 de 1993 y las normas relacionadas como la Ley 1150 de 2007 y los Decretos complementarios.

La doctrina y las disposiciones normativas del estatuto de contratación de la Ley 80 de 1993 han sido claros en establecer que la existencia y validez del contrato estatal en Colombia dependen de las disposiciones emergidas del artículo 1502 del Código Civil, pero también al constituirse como contrato estatal, deben configurarse elementos tales como la ejecución de una obra; participación de una entidad estatal; la existencia de prerrogativas especiales de la administración y elevarse a escrito bajo cláusulas y condiciones expresas (Bahamón, 2018).

Así mismo, al mantener el contrato estatal una connotación onerosa por regla general, la misma adaptación normativa ha traído consigo importantes avances en la consolidación de principios que rigen los propósitos contractuales de las entidades, elementos de validez y existencia propios frente a cada modalidad, procedimientos de cesión, liquidación y controles administrativos para un correcto ejercicio de administración de cada entidad.

En referencia a la existencia del contrato estatal, es importante hacer mención a que tanto la naturaleza consensual y solemne referidas a su perfeccionamiento se vuelven transversales en toda su vigencia, debido a que las diferentes modificaciones, tanto en ejecución como a nivel presupuestal deben mantener estos dos elementos de gran importancia para que el fin mismo del contrato no pierda su esencia. Por su parte el Consejo de Estado ha hecho hincapié en delimitar la noción de la siguiente manera,

Mediante el contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general. Esta particularidad de la contratación estatal determina que la ejecución del objeto contractual sea un asunto vertebral y es por esto que la Ley ha previsto diversos mecanismos que permiten conjurar factores o contingencias que puedan conducir a su paralización o inejecución. Uno de tales mecanismos es precisamente aquel que permite que puedan reajustarse los precios pactados de tal suerte que manteniéndose su valor real en el decurso del plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se lleve a feliz término la ejecución del contrato. (Consejo de Estado, 1998, p.1)

Para las entidades estatales, el principal beneficio es responder al interés y necesidades de la comunidad, de conformidad con lo establecido en el artículo segundo de la Constitución Política de Colombia, que reúne los fines esenciales del Estado, por tanto, es necesaria la

contratación estatal como un negocio jurídico que permite conseguir dichos fines y, en el caso del contratista, quien generalmente es un particular, si bien es un colaborador para el cumplimiento de los mismos, al momento de ejecutar el contrato, también se le atribuyen unos beneficios económicos por el desarrollo de su actividad (Güechá Torres, 2017).

Como lo plantea Güechá Torres (2017), este tipo de contratación pública se diferencia de la contratación privada, porque una de las partes dentro del negocio jurídico (contrato) es necesariamente “una entidad pública del Estado” y por lo tanto está regulada por un régimen especial que es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, con sus respectivas reglamentaciones y reformas, la Ley 1150 de 2007, entre otras), en el cual se establece una específica normatividad para la regulación de la contratación, teniendo en cuenta que existen dentro de la misma unas entidades públicas exceptuadas de su aplicación, es decir, personas jurídicas a las cuales no se les aplica el Estatuto y que disponen de un régimen especial.

Otro de los criterios para conceptuar el Contrato estatal, es el del origen de los recursos, este último definido en la Ley 1150 de 2007, que establece que son contratos del Estado todos aquellos que se realizan con recursos públicos, por tanto se aplica todo lo relacionado en el Estatuto General de Contratación Estatal, sometidos a las mismas restricciones y limitaciones, cómo los diferentes procesos de selección en la etapa pre contractual, a fin de evitar que los mismos sean utilizados para fines diferentes a los cometidos estatales, o que se distribuyan en beneficio de particulares o terceros favorecidos, así como la disminución de los índices de corrupción en la suscripción y ejecución del contrato.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-230 de 1995, consideró lo siguiente,

(...) Cuando los particulares manejan bienes o recursos públicos, es posible someterlos a un régimen jurídico especial, como es el concerniente a la contratación administrativa, para los efectos de la responsabilidad que pueda corresponderles por el indebido uso o disposición de dichos bienes con ocasión de las operaciones contractuales que realicen, en los aspectos disciplinario, penal y patrimonial. (párr.2)

También señaló la Corte Constitucional en la misma sentencia, que es posible asimilar los particulares a servidores públicos, en tanto desarrollen funciones propias del Estado, pues por la hoy denominada descentralización por colaboración, es completamente viable que dicha figura jurídica sea prevista en la Administración pública, por tanto, deben sujetarse tanto al régimen especial de contratación, como a la posibilidad de ser sancionados en los ámbitos: disciplinario, fiscal y penal.

1.1.2 Los principios de la contratación en Colombia

En Colombia la contratación estatal es entendida como una relación de tipo jurídico, en la cual dos o más partes adquieren obligaciones mutuas de manera voluntaria, con el fin de generar utilidades o beneficios para cada una de ellas.

En esta línea, el Estatuto de Contratación Pública en Colombia se rige por principios generales, que según la doctrina de Alexy (2007) son considerados como mandatos de optimización. Ello significa que los principios son aquellos según los cuales algo debe ser realizado en la mayor medida posible, dadas las posibilidades físicas y jurídicas, pueden por tanto cumplirse en diferente grado y estos se encargan de regular la mayoría de aspectos de la contratación estatal, los cuales están “orientados hacia la simplificación de reglas contractuales en un mismo estatuto” (Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1996, como se citó en Güechá Torres, 2017, p.13).

Lo que se pretende a través de los principios de la Contratación estatal, es por tanto, que estos sean universales o generales, es decir, que abarque la mayoría de casos posibles con el principio introducido en la normatividad, evitando regulaciones extensas al no ser necesario reglamentar caso por caso, pues no son de carácter específico, y a su vez se pretende su carácter obligatorio. Es decir, que se constituya como deber su cumplimiento; teniendo en cuenta que dicho cumplimiento puede ser de diferente grado o nivel por la naturaleza de los mismos, implementando mecanismos suficientes para brindar garantías respecto al cumplimiento en mayor medida de dichas normas.

Ahora bien, el actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) creó normas de obligatorio cumplimiento pero sin limitarse a casos concretos, buscando abarcar así más situaciones jurídicas, teniendo siempre en cuenta mecanismos suficientes para garantizar el cumplimiento de obligaciones a cargo del Estado. Entonces, se puede diferir que,

La pretensión principal no es una gran cantidad de supuestos normativos representados en un largo articulado que desarrollan todo el procedimiento de contratación, sino más bien normas (principios) generales que puedan abarcar más situaciones fácticas que puedan surgir en la contratación (Güechá Torres, 2017, p.13-14).

En esta línea, de acuerdo con el Artículo 209 de la Constitución Política y los postulados de la Ley 80 de 1993, la contratación pública tiene como principales principios: transparencia, economía, buena fe, publicidad, debido proceso y responsabilidad, en concordancia con los postulados que rigen la función administrativa; conmutatividad; equilibrio económico del contrato; planeación y selección objetiva. Respecto a estos ha afirmado la Corte Constitucional en Sentencia C-618 de 2012:

Dada la evolución en materia de contratación pública y de las condiciones bajo las cuales los particulares contratan con el Estado, ya no se está ante reglas que buscan morigerar el poder exorbitante del Estado, sino ante reglas que pretenden satisfacer los principios que orientan la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), y que imponen a las Entidades Estatales asegurar el cumplimiento de tales principios en los contratos que celebren. (Numeral 5)

1.1.2.1 Principio de transparencia

De acuerdo con el Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que deroga el numeral 1 del Artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2474 de 2008, “el cual reglamenta parcialmente las dos normas anteriores sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, entre otras disposiciones” (p.1), este principio hace referencia a las modalidades de selección del contratista, las cuales deben efectuarse de acuerdo con los procesos existentes de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, bajo las reglas que garantizan la transparencia para cada una de estas modalidades. Es decir, que todo el proceso de selección del contratista se haga de manera pública, y que cualquier persona interesada pueda obtener información sobre el desarrollo de cada una de las etapas del mismo.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia 17767 de 2011 establece que,

El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe "edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de

evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración. (p.1)

Por su parte, la licitación pública es la regla general de la selección del contratista en Colombia, exceptuando los casos en los cuales se aplican las otras modalidades de selección (selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa, entre otras), por lo tanto, la garantía de la aplicación de esta regla, es una manifestación del principio de transparencia en materia de contratación estatal, que evitará actuaciones administrativas no sujetas al ordenamiento jurídico.

Con respecto al procedimiento de licitación pública y teniendo en cuenta el principio de transparencia, la Sala ha establecido que el mismo,

Hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad; así mismo, dicha norma legal, por contener y regular un procedimiento, participa del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, la Administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato. (Sentencia 17767 de 2011, p.1)

Ahora bien, existen otras modalidades de selección a tener en cuenta, cómo por ejemplo los concursos públicos y la contratación directa, las cuales se deben desarrollar en base a los principios de la contratación estatal, especialmente el principio de transparencia, pues este principio es la respuesta al seguimiento a la moralidad pública, evitando de esta manera la corrupción en la contratación estatal.

En este sentido, el Consejo de Estado ha reiterado que:

La licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la Ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso. (Sentencia 11767 de 2011, p.1)

En consecuencia, el desconocimiento de estos principios y en especial del principio de transparencia está expresamente prohibido en el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual,

Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la Ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto. (Sentencia 17767 de 2011, p.2)

Por tanto, es en desarrollo del principio de transparencia que el Consejo de Estado ha indicado, que se le exige a la entidad estatal realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa "sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés" (Sentencia 17767 de 2011, p.7), con el único fin de "garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad" (Sentencia 17767 de 2011, p.7).

1.1.2.2 Principio de economía

El principio de economía se encuentra regulado por la Ley 80 de 1993, en la cual se define que la selección de contratistas debe responder a procedimientos y etapas que aseguren de

forma estricta la selección objetiva de la propuesta más favorable de la entidad. Esto indica que se debe garantizar también que las normas y procedimientos que se ejecuten deben servir de forma adecuada, continúa y eficiente a la entidad estatal, a la prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados (Art.25, Ley 80 de 1993).

Según la doctrina, dentro del principio de economía, los trámites deben llevarse a cabo con moderación de tiempo, medios y gastos, evitando las dilaciones y retardos en la ejecución del contrato, con el fin de evitar situaciones de extemporaneidad que pueda llevar a futuras afectaciones dentro de las diferentes etapas del contrato estatal. Adicional a ello, es importante mencionar que las entidades solo abrirán las licitaciones para suscribir contratos, cuando el presupuesto ya se encuentra disponible (Art.25, Ley 80 de 1993).

Para efectos de este principio, la entidad debe analizar de forma eficiente, adecuada y oportuna, el proceso de selección del contratista para evitar inconvenientes dentro del objeto a contratar; por lo tanto, antes de la apertura de un proceso de selección o firma del contrato, se deben elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, que permitan determinar la viabilidad del proyecto, el impacto social, económico y ambiental del contrato. Además, las entidades deben salvaguardar dentro de su presupuesto anual, un rubro destinado para los costos que puedan surgir como imprevistos en los contratos (Art.25, Ley 80 de 1993).

En este aspecto, la Corte Constitucional ha reiterado que,

El principio de economía guarda relación con la consecución de una actividad estatal eficaz, en el marco de la cual los procedimientos de tipo administrativo y judicial, con observancia del debido proceso, se erijan en instrumentos para la materialización de las políticas públicas y de las decisiones de la administración, y no en barreras

infranqueables que impidan la actuación estatal y la realización de los derechos de los asociados. (Sentencia C-306/19, p.37)

Respecto a lo anterior, Santofimio Gamboa (2017) indica que, en correspondencia con el desarrollo de la administración pública, el principio de la economía, surge del derecho fundamental al debido proceso, pues a partir del contenido del artículo 29 de la Constitución Política Colombiana se enmarcan sus características principales, como el del desarrollo de las actuaciones procesales, el cual debe ser: sin dilaciones injustificadas; es decir, que cada etapa de los procesos se lleve a cabo de conformidad con las reglas impuesta por el ordenamiento jurídico para cada una de ellas, sin que se involucren o adicione elementos no previstos.

Aplicado este principio a la contratación estatal, señala la Sección Tercera del Consejo de Estado lo siguiente,

La doctrina nacional, siguiendo los pronunciamientos de la Sección, ha recordado que son tres las consecuencias que surgen del principio de economía : (i) la prevalencia del derecho sustancial sobre la forma, (ii) la exigencia de que en los procesos de selección se cumplan únicamente las etapas estrictamente necesarias con el fin de asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable, y (iii) la necesidad de que, en virtud de los principios de buena fe y del deber de planeación, se exijan las partidas o disponibilidades presupuestales correspondientes, el análisis de conveniencia del objeto a contratar y la obtención de las autorizaciones y aprobaciones para ello, además de los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia. (Sentencia 1999-00744-01(25740) de 2005)

Se busca entonces, con la aplicación de este principio que las decisiones del procedimiento administrativo se tomen en el menor tiempo posible y, en consecuencia de ello las

actuaciones administrativas se cumplan con la debida celeridad y el menor gasto posible, y que por ende, se eviten exigencias formales más allá de las que la Ley impone.

1.1.2.3 Principio de responsabilidad

La responsabilidad, en general, está definida por la Real Academia Española [RAE] (como se citó en Sacco, 2009) como “la capacidad de toda persona para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente” (p.384). Por un lado, la responsabilidad es capacidad y, por el otro, consecuencia.

El principio de responsabilidad pretende buscar el cumplimiento de los fines de la contratación pública, que no son otros que los fines estatales y la ininterrumpida y adecuada prestación de los servicios públicos, que satisfagan a su vez, las necesidades de la población, vigilando la correcta ejecución del objeto contratado, es decir, que sea el que favorezca los cometidos estatales, que sea de calidad y que se ejecute completamente.

El artículo 26 de la Ley 80 de 1993 menciona que el principio de responsabilidad se encuentra orientado hacia la búsqueda del cumplimiento de los fines de la contratación por parte de los servidores públicos, a través de la vigilancia de la ejecución correcta del objeto del contrato, la protección de los derechos de cada una de las partes y los terceros que pueden verse afectados por la ejecución del contrato. Así mismo, los servidores públicos son responsables de sus actuaciones u omisiones antijurídicas y, por lo tanto, deben indemnizar a la entidad los daños que sean causados por perjuicios.

Adicional a lo anterior, el principio de responsabilidad establece que las entidades y los servidores públicos deben hacerse cargo cuando abran licitaciones sin que se hayan elaborado de forma previa con una serie de condiciones o términos de referencia, o cuando estos se hayan

elaborado de forma incompleta, ambigua o confusa, generando interpretaciones erróneas del contrato. (Art.26, Ley 80 de 1993).

Igualmente, este principio establece que los contratistas deben responder cuando se formulen propuestas con condiciones económicas y de contratación bajas, solo con el objeto de obtener el contrato, pues esto da lugar a sugerir que se pudo haber ocultado inhabilidades, incompatibilidades del contrato, así como suministrado información falsa, para lo cual los contratistas se convierten en directamente responsables y tendrán que velar por la buena calidad del objeto contratado (Art.26, Ley 80 de 1993).

Por otro lado, la responsabilidad se encuentra consagrada como principio dentro de la constitución de 1991, desarrollado especialmente el artículo 90, el cual consagró la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado sobre el concepto del "daño antijurídico", el cual comprende no solamente la responsabilidad objetiva sino también la subjetiva, la contractual y la extracontractual.

Según Atehortúa (2010) el principio de responsabilidad se refiere a que las partes del contrato estatal deben actuar de conformidad con las normas establecidas para cada uno de los mismos, cumpliendo de esta manera con sus deberes y obligaciones, a fin de evitar posibles daños y especialmente con la diligencia y cuidado que se exige en la contratación pública, pues ella se fundamenta en la prevalencia del interés general, so pena de incurrir en diferentes tipos de responsabilidad.

De igual manera, el autor esboza unas funciones principales del principio de responsabilidad, las cuales son: Garantizar el adecuado ejercicio de las competencias públicas, puesto que su rigurosa observancia, impide que las autoridades que se desvíen de su función

constitucional y legal evadan las sanciones jurídicas y el costo político de sus actuaciones antijurídicas (Atehortúa, 2010).

Así mismo, el autor dispone la protección del patrimonio del Estado y los contratistas, puesto que ambos podrán repetir contra el servidor que se le imputen actos antijurídicos graves y que les hayan causado perjuicio, garantizar a los contratistas el pago, compensación o indemnización, en caso de que se le ocasionen daños, perjuicios, incumplimientos, dotar a las entidades estatales de mecanismos, instrumentos necesarios para establecer responsabilidades y de ser el caso sanciones en cabeza de los contratistas, cuando éstos incumplan sus obligaciones, establecer conductas que generan responsabilidad patrimonial, fiscal, disciplinaria, penal, tanto en servidores públicos, como en contratistas, asesores, consultores, interventores (Atehortúa, 2010).

Finalmente, se puede concluir que este principio de responsabilidad tiene como objetivo garantizar el cumplimiento tanto de las funciones, en este caso, de las partes intervinientes en el contrato estatal, garantizar los recursos públicos con el fin de que éstos no sean malgastados y garantizar la compensación por daños o perjuicios causados por alguna de estas partes.

1.1.2.4 Principio de publicidad

La publicidad, de conformidad con lo que ha establecido por la Corte Constitucional en Sentencia C-711 de 2012, “es una garantía constitucional para la consolidación de la democracia, el fortalecimiento de la seguridad jurídica, y el respeto de los derechos fundamentales de los asociados, que se constituye en uno de los pilares del ejercicio de la función pública y del afianzamiento del Estado Social de Derecho (C.P. Art. 209, como se citó en Sentencia C-711 de 2012, párr.5).

Ahora bien, indica la Corte Constitucional en la citada sentencia que el principio de publicidad, permite entonces,

Exteriorizar la voluntad de las autoridades en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, y además, brinda la oportunidad a los ciudadanos de conocer tales decisiones, así como los derechos que les asisten, las obligaciones y cargas que les imponen las diferentes ramas del poder público (Sentencia C-711 de 2012, numeral 6.2.1)

De acuerdo con el Estatuto de 1993, este principio obedece a la importancia de que los interesados en el contrato conozcan las decisiones y puedan ser controvertidas, dado el caso, dentro de los procesos contractuales; garantiza que todas las actuaciones que se desarrollen sean públicas, promoviendo la transparencia; requiere que, en los pliegos de condiciones del contrato, se indiquen los requisitos, plazos, reglas, condiciones de costo, entre otras, que sean de estricto cumplimiento (Ley 80 de 1993).

Frente al principio de publicidad de los contratos estatales, la Corte Constitucional en Sentencia C-384 de 2003, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 598 de 2000, "por la cual se crean el Sistema de Información para la Vigilancia de la contratación estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública y se dictan otras disposiciones", indicó,

La publicidad de los contratos como exigencia contractual tiene como finalidad realizar una comunicación masiva que tiene por objeto informar, persuadir y conseguir un comportamiento determinado de las personas que reciben esta información, principio que nuestra legislación sobre contratación estatal recoge en un conjunto de reglas que lo

instrumentalizan, y que bien puede adicionar el legislador en ejercicio de su libertad de configuración en esta materia, al crear sistemas, catálogos y registros para hacerla más transparente y facilitar su vigilancia, sin violar el principio de unidad de materia que armoniza todo el sistema. (Sentencia C-384 de 2003, numeral 4.4)

El principio de publicidad se relaciona, por ende, con el principio de transparencia del proceso de contratación, y este a su vez con la necesidad y obligación que tiene el contratista, así como la ciudadanía en general, de conocer todo el proceso contractual y el manejo de recursos que contribuyen a la ejecución del contrato. Esto quiere decir, además, que la fase de selección del contratista debe efectuarse de manera pública, divulgando así la información referente a la contratación estatal como parte de una de las exigencias que rigen la Contratación Pública en Colombia (Otero, 2020).

1.1.2.5 Principio de planeación

El principio de planeación determina que las Entidades Estatales deben realizar un estudio estricto que les permita conocer las necesidades del objeto del contrato, así como los recursos y medios para satisfacerlas. Este principio requiere desarrollar también un proceso de conocimiento del mercado, de la eficiencia de los recursos y la satisfacción de las necesidades, a fin de generar mayor valor en cada uno de los contratos (Departamento Nacional de Planeación, 2020).

Sobre el principio de planeación, Restrepo Tamayo (2020) establece que, se debe entender cómo,

Aquella exigencia que recae sobre la entidad pública de asegurar la veraz y amplia realización de estudios técnicos previos adecuados, de tal manera que resulte posible, fiable y público que la entidad defina con total certeza el objeto y naturaleza del contrato,

las obligaciones que se generan, la distribución de riesgos y el precio, lo anterior, con el fin último de asegurar a las partes interesadas conocer sus alcances, límites y posibilidades de financiación y de perfeccionamiento del contrato planteado (p.114)

El principio de planeación es de origen constitucional, y está fundado en el artículo 209 de la Constitución Política, el cual establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales, y por ende, se garantizará que la entidad estatal cuando suscriba un contrato con un tercero, verifique que haya tenido la debida diligencia respecto de los elementos planteados por el autor, para que el cumplimiento del objeto o la contraprestación contractual, garantice el real cumplimiento de los intereses de la comunidad a través de la satisfacción de sus necesidades.

De ahí que, según la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, este principio es de vital importancia, pues de no estar presente, transgrede de manera directa el interés público, y con ello el logro del objeto contractual, sino también para el interés general y para el patrimonio público (Restrepo Tamayo, 2020).

De igual forma Restrepo Tamayo (2020) en su artículo de investigación denominado *Del principio de planeación en la contratación estatal: Un análisis teórico y fáctico en el orden jurídico colombiano*, plantea que la planeación como principio fundamental de la contratación pública, implica que el mismo se encuentra inescindiblemente ligado a la viabilidad financiera del contrato estatal, es decir, que las entidades estatales verificarán la disponibilidad presupuestal para la suscripción del mismo y posteriormente realizarán el debido registro del compromiso, garantizando de esta manera los recursos para asumir las obligaciones pecuniarias derivadas del contrato estatal.

El principio de planeación es, por lo anteriormente expuesto, uno de los pilares fundamentales en materia de contratación Estatal, pues este permite que se eviten errores que puedan generar un detrimento patrimonial del Estado, a fin de cumplir con los cometidos estatales, como lo es servir a la comunidad.

1.1.2.6 Principio de selección objetiva

El principio de selección objetiva consiste en que la entidad estatal, que ha realizado en debida forma una planeación para exigir unos requisitos de selección de un contratista, se oriente en ellos, para efectuar la elección de la oferta más favorable que garantice el cumplimiento del objeto contractual, sin que en dicha elección se beneficien intereses personales de terceros, que puedan afectar la objetividad y por tanto, que puedan ocasionar un perjuicio para la Administración Pública y sus administrados.

La Ley 1150 de 2007 define la selección objetiva como uno de los pilares de la contratación estatal, en su artículo 5 establece,

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. Capacidad jurídica y condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, siendo éstos objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección.
2. La oferta más favorable debe ser aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos

contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos.

3. En los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. (Art.5, Ley 1150 de 2007)

Por tanto, el principio de selección objetiva, es la selección de la oferta más favorable de las propuestas recibidas en el proceso de selección, a partir de lo establecido en la convocatoria, en concreto la aplicación de: criterios objetivos al comparar y evaluar las propuestas, ya que desde los mismos pliegos de condiciones se debe verificar que sean los suficientemente claros y coherentes, es decir, que no se actúe de mala fe aprovechando los vacíos jurídicos de la norma para favorecer intereses personales o de terceros, culminando con una desigual selección al actuar bajo subjetividades y vulnerando tanto principios como derechos de los proponentes, afectando igualmente de forma indirecta a la misma entidad que contrata (Amaya 2020).

1.2 APROXIMACIÓN A LAS ETAPAS DEL CONTRATO ESTATAL

1.2.1 Planeación

La planeación en referencia al contrato estatal, obedece a la cristalización de gestiones, objetivos, estrategias, lineamientos y demás, enmarcadas en disposiciones constitucionales y legales de manera expresa, en busca de cumplir con la finalidad de garantizar la prestación de

servicios públicos de forma integral. Al mismo tiempo, la esfera de la planeación de los contratos estatales responde a su vez, a una serie de principios que fundamentan cada acción contractual del Estado y en ellos sobresale la transparencia, economía, responsabilidad, dispuestos de manera taxativa en diversas normas como los estatutos de contratación pública.

En este sentido, el espectro de la noción de planeación en los procedimientos contractuales se constituye como línea transversal en cada actuación, esto evidenciado según la doctrina como la importancia de que prevalezca el interés general, entendido en términos patrimoniales, en el cual cada sujeto o actor que ejerza funciones bajo ejercicios de delegación se somete a la responsabilidad para evitar detrimentos de índole patrimonial frente alguna entidad del Estado.

En síntesis, la noción de planeación como criterio orientador, se puede entender bajo el concepto de Expósito Vélez (2013) desde la siguiente perspectiva.

Resulta lógico afirmar que el principio de planeación o de la planificación aplicada a los procedimientos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismo no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación. (Expósito, 2013, p.53)

Es entonces como los marcos normativos y doctrinales resaltan el precepto de planeación como eje transversal de toda actuación negocial del Estado o alguno de sus actores, gracias al fin esencial de prevalecer el interés patrimonial del mismo. Aunado a esta definición genérica, se

establecerán los criterios jurisdiccionales del Consejo de Estado en el marco de la planeación como principio.

1.2.1.1 Planeación de procesos de contratación según el Consejo de Estado

Siguiendo la línea de interpretación del ejercicio de planeación en el marco de las relaciones contractuales del Estado, entendiéndose que este elemento debe estar debidamente estructurado a través del apoyo normativo para garantizar el efectivo cumplimiento de necesidades y prioridades que demanda el interés público.

Al respecto, el Consejo de Estado en su sección tercera, con radicado No.14.854 en la Sentencia del 29 de agosto de 2007, estableció que las relaciones patrimoniales del Estado deben contener una planeación estratégica enmarcada en el efectivo cumplimiento de la asignación de gastos y presupuestos y la delimitación de ellos, con el fin de racionalizar y organizar las acciones derivadas de los negocios estatales.

La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no solo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto al patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo el contrato estatal. Se trata de exigir perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales. (Consejo de Estado, Radicado No 14.854)

Así mismo, la corporación ha resaltado la necesidad de que cada entidad está obligada a respetar y dar un cumplimiento efectivo a los principios de planeación, dispuesto en la elaboración eficaz de estudios previos serios y completos antes de iniciar un proceso de

selección. Al respecto la Sentencia del 31 de agosto de 2006, en el expediente 14.287 establece que,

Los estudios previos deben estar encaminados a determinar, entre muchos aspectos relevantes: (i) La verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, valores, y alternativas que , a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende o requiera contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de los recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración del pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional e internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratantes; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacer, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretende celebrar” (Consejo de Estado, Radicado 14.287)

En esta línea, el Consejo de Estado es preciso en referenciar la necesidad de que la responsabilidad del servidor público sea mayor a la hora de garantizar la prevalencia de este interés general. Al respecto,

Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. (Santofimio, 2013, p.46)

Así mismo, la sección tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 25 de febrero de 2009, bajo el expediente 16.103 ha dispuesto de manera reiterada que el ejercicio de planeación debe entenderse como un marco jurídico de obligatorio cumplimiento, el cual debe condicionar las diferentes etapas. La pre contractual en referencia a disponer una organización clara y precisa del objeto a contratar; la contractual al prever los diferentes hechos imputables o no imputables que emerjan el desarrollo contractual; y finalmente los elementos necesarios para configurar una efectiva planeación en los procesos que se surtan en la finalización de los contratos ejecutados, entiéndase actas de liquidación, pagos y recibos a entera satisfacción de los compromisos surtidos por los contratistas.

En referencia a lo anterior la sala ha dispuesto que:

La planeación y, en tal sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho

contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado. (Consejo de Estado, Expediente No.16.103)

En complemento a la noción legal del vínculo contractual negocial del Estado, encontramos los preceptos dispuestos a la nulidad como consecuencia legal a la falta de aplicación de los criterios de planeación en los negocios del Estado.

Aquí, tanto la doctrina como los precedentes del Consejo de Estado han establecido que, la falta de planeación conlleva a lesiones antijurídicas imputables patrimonialmente a las entidades, siendo en perjuicio directo del contratista y que deben ser previstas de manera eficaz por los actores que hacen parte de la administración en su deber misional y legal que les corresponde. En este espectro la corporación resalta que las consecuencias asociadas a la nulidad, son producto de la incapacidad administrativa para intervenir en cualquier etapa precontractual y contractual, generándose una carga directa de responsabilidad frente a la entidad. Al respecto,

Ahora bien, su vulneración y desconocimiento pueden conducir a la nulidad absoluta del contrato, en aquellos eventos en que las falencias son aquellas que desde el momento de la celebración del contrato ponen en evidencia que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución dependiera de situaciones indefinidas o inciertas, pues bien sea dicho, no todo desconocimiento del principio de planeación conlleva la nulidad del contrato estatal. (Consejo de Estado, Expediente No. 26637)

En complemento a lo anterior, la sección tercera del Consejo de Estado ha establecido un criterio referente al principio de planeación, con relación a los principios de transparencia, economía y responsabilidad. En ellos establece que hay una relación concomitante entre ellos, la cual debe ser tenida en cuenta en el marco de todas las relaciones contractuales de agentes del

Estado en cualquiera de sus etapas. Establece, además, que cada principio mantiene sujeción al otro, ya que se puede generar lesiones al efecto de validez del contrato que puede desembocar en las conocidas nulidades de los actos emanados de etapas negociales.

El proceso contractual deberá estar precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos que se requieran en orden a determinar su viabilidad económica y técnica, así como la modalidad de [sic] proceso de selección que debe adelantar la entidad pública, con las finalidades sociales -ínsitas a esa prestación-, alto grado de eficiencia y eficacia en orden no sólo a proteger los recursos públicos fiscales representados en los bienes afectos al servicio, con sujeción estricta al orden jurídico, sino a garantizar las funciones que en interés general debe desarrollar y una prestación eficiente de los servicios que le son asignados por la Ley. (Consejo de Estado, Expediente No.21.489)

En la vertiente dispuesta a esa necesidad de implementar acciones en estricto cumplimiento a los preceptos de la planeación, encontramos que el cumplimiento en estricto sentido de los procesos de planeación, se conciben como una garantía absoluta en la contratación del Estado. La Corte Constitucional ha resaltado que, “el cumplimiento del principio de planeación exige, entre otros deberes, el de identificar previamente la modalidad de selección del contratista que mejor satisfaga la consecución de los fines del Estado” (Sentencia C-004 de 2017). Frente a esta posición el Consejo de Estado reiteró la premisa del interés público como prevalente a la hora de propiciar las actuaciones de cada uno de sus actores.

La finalidad de la planeación es adjudicar contratos que corresponda de manera correcta con los elementos diseñados y pensados conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el

contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad. (Consejo de Estado, Expediente No.24.809)

1.2.1.2 Planeación según el estatuto de contratación (Ley 80 de 1993)

La Ley 1474 de 2011, la cual modificó algunos de los aspectos relevantes en materia de planeación contractual de la Ley 80 de 1993, establece u obliga a las entidades estatales que previo a la firma de un contrato, dispongan de las diferentes acciones tendientes a garantizar la conformación de estudios, diseños que garanticen un efectivo cumplimiento a los lineamientos de planeación estratégica frente a las necesidades a contratar.

En este sentido, tanto el estatuto de contratación (Ley 80 de 1993) como la mencionada Ley, proponen lineamientos frente a la necesidad de que cada agente que represente al Estado mantenga la garantía y observancia de los criterios de debida planeación como deber imperioso en los vínculos contractuales y negociales de las entidades.

Artículo 12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda. Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño. (Ley 80 1993. Art. 12, modificado por la Ley 1474 de 2011)

Sumado a eso, la disposición de la Ley establece a nivel financiero que se deben establecer compromisos presupuestales teniendo en cuenta los objetivos a cumplirse en mérito de

la planeación de prestar un servicio público determinado. En este aspecto y tal como lo expresa la doctrina, este principio al no estar taxativamente dispuesta en la Ley se encuentra en sujeción estricta a las nociones de economía y responsabilidad, las cuales determinan que a nivel general y en todas las modalidades de contratación, debe primar estrategias y acciones que garanticen una efectiva cautela de los intereses públicos, manteniendo los procesos organizativos previos al contrato de forma eficaz y eficiente.

En términos normativos, se puede ubicar las nociones adheridas a la planeación en los artículos 209, 339 y 341 de la mencionada Ley, entendidos como los preceptos constitucionales que obligan a que existan los debidos ejercicios de planeación frente a la ejecución de acciones que involucren presupuesto nacional. Así mismo, el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, artículo 87 de la Ley 1437; artículos 6, 7, 11, 14, 24 y 26 del estatuto de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015.

Es así, cómo se puede entender en términos generales que la noción de planeación obedece principalmente a una carga dispuesta por la doctrina, la jurisprudencia y la Ley, que de imperativo cumplimiento por parte de las Entidades públicas en el marco de procesos negociales que lleven a cabo. Por su parte, es necesario resaltar que al ser de obligatorio cumplimiento exige que los mismos agentes que tengan función pública, cumplan a cabalidad con este principio en todas sus etapas, so penas de asumir cargas disciplinarias, fiscales e incluso penales.

1.2.2 Modalidades, procedimiento de selección y adjudicación del contrato

1.2.2.1 Proceso de selección por licitación pública y abierta

El proceso de licitación pública es por regla general, la tipología contractual más utilizada históricamente en las relaciones negociales del Estado. En él se constituye la génesis de la noción de contrato estatal, debido principalmente al adelanto de obras de carácter público, las cuales

fueron impulsadas desde la segunda mitad del siglo XX y lo que conlleva a que se instituyeran las primeras figuras jurídicas relacionadas con la licitación. Entonces, en el proceso de licitación pública, según la doctrina confluyen todos los principios de la contratación e incluso los dispuestos en materia administrativa.

De conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993, es un proceso participativo por el cual se busca adquirir mejores condiciones de compra convenientes para un determinado proyecto, se da un concurso entre proveedores, para otorgarse la adquisición o contratación de un bien o servicio requerido por una organización. En este proceso formal las partes contratantes invitan a los interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de las cuales se seleccionará y aceptará (adjudicación) la más ventajosa, con lo cual quedará perfeccionado el contrato. Durante el proceso licitatorio se siguen determinados requisitos legales que hacen validez del acto y estos requisitos legales tienden a asegurar la mayor transparencia, legalidad y legitimidad del mismo, asegurando la más libre concurrencia y la igualdad entre los oferentes (Procedimiento de licitación Pública, Secretaría Jurídica de Bogotá, 2018).

La licitación pública es la regla general de la contratación pública en Colombia, la cual tiene ciertas características especiales que son: de libre ocurrencia, ya que permite el acceso de todas las personas naturales o jurídicas que cumplan con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, igualdad de ofertas y estricto acatamiento al pliego de condiciones, siendo este último la fuente de derechos y obligaciones de las partes en el Contrato estatal.

Al respecto el Consejo de Estado ha dicho:

La licitación pública es un procedimiento de formación del contrato, cuyo objeto es la selección del oferente que presenta las condiciones más ventajosas para los fines del

Estado que se pretenden satisfacer por vía de la contratación estatal. Este procedimiento busca, por un lado, que la Administración Pública tenga las más altas posibilidades de acierto en materia de cumplimiento del contrato y, simultáneamente, en las mejores condiciones económicas. De otro lado, pretende materializar la igualdad entre los administrados frente a la administración pública, en el sentido de evitar todo tipo de favoritismos o tratos preferenciales. (C.E. Sec. Tercera, Sentencia 1996-3771, jul. 19/2001, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez)

Las reglas y procedimientos establecidos para esta modalidad de selección se encuentran definidas en el Art. 30 de la Ley 80 de 1993.

1.2.2.2 Proceso de selección abreviada de bienes con características uniformes

El literal a del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 define los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización como aquellos que “poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos”.

Establece el literal a, del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007,

Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos.

Así las cosas, como se desprende de la disposición citada, la utilización de la subasta inversa en la selección abreviada está plenamente ligada con el tipo o la naturaleza de los bienes o servicios a adquirir. En este sentido, el artículo 2.2.1.2.1.2.2, del Decreto 1082 de 2015 indica

que, en la selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes por subasta inversa, además de las reglas generales previstas en la Ley y en ese título del Decreto, deben observarse las reglas específicas allí enunciadas. Por ello, queda claro que para recurrir a la subasta inversa en la selección abreviada es determinante la naturaleza de los bienes y servicios que se pretenden adquirir (Concepto C-123 de 2021, Colombia Compra eficiente).

1.2.2.3 Proceso de selección de mínima cuantía

La modalidad de selección de mínima cuantía es un procedimiento con términos cortos para escoger al contratista, siempre que el valor de la adquisición de los bienes, obras y/o servicios, no exceda el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la Entidad Estatal. Es de anotar que este procedimiento lo reguló la Ley 1474 de 2011, porque antes de la expedición de esta norma, se solicitaron tres (3) propuestas y se escogía la de menor valor, ahora también se escoge la oferta de menor valor, pero mediante un proceso de selección público y transparente, en el cual pueden participar todos los interesados, quienes deben cumplir con los requisitos de verificación establecidos en la invitación pública (Ley 1150, 2007).

Así mismo, bajo la modalidad de selección de mínima cuantía, se pueden realizar las compras en las Grandes Superficies, que se encuentran en la Tienda Virtual del Estado Colombiano, siempre que su valor esté dentro de esta modalidad de selección, es decir que no exceda el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la Entidad Estatal.

1.2.2.4 Proceso de selección abreviada de menor cuantía

De conformidad con lo establecido por el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007,

La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la

contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

La contratación de menor cuantía, es para la adquisición de bienes o servicios, cuyo valor esté por encima del diez por ciento (10%) de la mínima cuantía y hasta el máximo límite de la menor cuantía, es decir al monto a partir del cual empieza la contratación de mayor cuantía para licitación pública, se entenderá por menor cuantía los valores que se relacionan en el literal b del Artículo segundo numeral 2 de la Ley 1150 de 2007, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales, y se regirá por la normas y reglas que para el efecto establezca Colombia Compra eficiente (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2014).

1.2.2.5 Proceso de selección abreviada para la enajenación de bienes del Estado

Según lo establecidos en la Ley 1150 de 2007, en los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

En todo caso, para la venta de los bienes se debe tener como base el valor del avalúo comercial y ajustar dicho avalúo de acuerdo a los gastos asociados al tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el precio mínimo al que se debe enajenar el bien, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional (Resolución 130 de 2022).

Los bienes serán enajenados a través de venta directa en sobre cerrado o en subasta pública. La adjudicación para la venta directa deberá hacerse en audiencia pública, en donde se conozcan las ofertas iniciales y se efectúe un segundo ofrecimiento, frente al cual se adjudicará

el bien a quien oferte el mejor precio. En la subasta pública, de acuerdo con el reglamento definido para su realización, el bien será adjudicado al mejor postor, y se seguirán las normas, procedimientos y reglas que para el mismo establezca Colombia Compra eficiente. (Decreto 4444, 2008)

1.2.2.6 Proceso de selección por concurso de méritos

Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso (Artículo 2, numeral 3, Ley 1150 de 2007).

De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado (Artículo 2, numeral 3, Ley 1150 de 2007).

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia No. 2018 00061 del 20 de febrero de 2019, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, ha dicho que,

El concurso de méritos se orienta a buscar un contratista que desarrolle una actividad intelectual o creativa en favor de la entidad, razón por la cual el precio de la oferta no debe ser determinante para la escogencia del mismo. Lo que debe importar, entonces, son los atributos intelectuales del proponente y su capacidad para resolver problemas concretos como el que la ejecución del contrato pueda suponer.

Así las cosas, no cabe duda que en esta modalidad de selección de contratación estatal, es importante la experiencia y el talento del proponente, aún por encima del valor que este oferte en su propuesta, lo cual constituye una excepción a la regla y al principio de economía, pues se premia la mejor actitud desde el punto de vista intelectual, artístico o técnico que la entidad requiera contratar.

1.2.2.7 Procesos por contratación directa

Es el procedimiento mediante el cual la entidad estatal contrata directamente con una persona natural o jurídica, la prestación de servicios profesionales, la prestación de servicios de apoyo a la gestión o la adquisición de un bien o servicio, que tenga un proveedor exclusivo o por ser titular de los derechos del mismo. Esta modalidad contractual también procederá en caso de urgencia manifiesta, contratación de empréstitos, contratos y convenios interadministrativos. Esta modalidad de selección es independiente de la cuantía del contrato a suscribir (DNP, No.196381).

La Corte Constitucional ha sido enfática en la Sentencia C-163 de 2020, que en todos los casos deben respetarse los principios de transparencia en la administración pública,

De manera general, la Corte ha concluido que las normas que establecen excepciones a la licitación o concurso públicos son compatibles con la Constitución, siempre y cuando se demuestre que sirven al interés general y que responden a condiciones de eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines del Estado vinculados a la actividad contractual. Para ello, ha destacado que (i) no existe un mandato constitucional de adoptar un modelo contractual específico, por lo que es una materia que pertenece al margen de configuración normativa del Congreso; y (ii) en toda circunstancia, sin importar la modalidad de contratación escogida, deben satisfacerse los principios constitucionales de

la función administrativa, los cuales concurren en la selección objetiva del contratista y el cumplimiento de los fines estatales representados en el contrato.

1.2.2.8 Procesos por contratación pública electrónica

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional, para ello, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, y se regirá por las normas y reglas que para él dispongan (Artículo 3, Ley 1150 de 2007).

1.2.3 Etapa de suscripción del contrato estatal y requisitos de existencia del contrato estatal en Colombia

El Decreto 1510 de 2013 por el cual se reglamenta el Sistema de compras y contratación pública define las etapas del contrato como “las fases en las que se divide la ejecución del contrato, teniendo en cuenta las actividades propias de cada una de ellas, las cuales pueden ser utilizadas por la Entidad Estatal para estructurar las garantías del contrato” (Artículo 3).

La Corte Constitucional en la Sentencia SU-713 del 23 de agosto de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil, menciona que una de las principales actividades para suscribir un contrato es la invitación a contratar, etapa en la cual se publica el pliego de condiciones, que se elabora para organizar el procedimiento de selección objetiva del contratista delimitando el alcance del contrato.

1.2.3.1 Requisitos de existencia del contrato estatal en Colombia

De conformidad con lo mencionado por el Santofimio Gamboa (2017) en el texto *Compendio de derecho administrativo*, se debe tener en cuenta que el contrato estatal tiene su origen en el derecho civil y comercial, y los requisitos para su existencia están por ende situados en los artículos 1502 y siguientes del Código civil (Santofimio Gamboa, 2017)

Todo ello implica que, para analizar la existencia del contrato estatal, se requiere estudiar como un sistema unitario tanto las normas del derecho privado, como las normas contractuales existentes en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que lo modifican y regulan, además de aquellas que la entidad estatal establezca para cada uno de sus contratos, pues como es bien sabido el principal fin de la contratación pública es el interés general, mediante la prestación de los servicios y el aprovisionamiento de los bienes que requiera la comunidad, por encima de cualquier interés de índole particular.

Por lo tanto, según Santofimio Gamboa (2017) se puede delimitar la figura de validez del contrato estatal, como un sistema jurídico integrado que obedece o responde al deber ser de las cargas que una entidad debe mantener en el vínculo negocial. A su vez, el no tener en cuenta la prevalencia legal del contrato en cada una de sus etapas puede ocasionar afectaciones al principio de legalidad inherente al Estado y a cada uno de sus actores; lo que a su vez puede ser cautelado a través del ejercicio de acción jurisdiccional por vicios al consentimiento, nulidades absolutas o relativas que en su gran mayoría vician la totalidad del proceso, atentando directamente con los principios antes nombrados en el presente trabajo.

En este sentido, el reconocimiento de las obligaciones previstas en los marcos legales, se tornan indispensables en la relación jurídica entre Estado y particulares, acatando las disposiciones de que cada actuación se encuentre dotada de presunción de legalidad.

Así mismo, Santofimio Gamboa (2017) indica que,

La doctrina identifica dos grandes grupos de requisitos como elementos previos o anteriores a la relación contractual: el referido a los sujetos o partes contractuales, y el relacionado con los procedimientos o exigencias legislativas para la formación del consentimiento en los contratos, que en materia de contratación estatal equivaldría a los procedimientos de selección de contratistas.

Respecto de los sujetos contractuales, son las partes de la relación en un contrato estatal, se identifican porque uno de ellos, siempre será una entidad estatal (criterio orgánico) , y el otro, una persona natural o jurídica, de derecho público o privado, otra entidad estatal o también pueden ser las asociaciones de personas naturales o jurídicas a las que la Ley les otorgue capacidad para ser parte, como son los consorcios y las uniones temporales, y que como lo indica Molano (2010), los sujetos contractuales son aquellos que construyen una obra, prestan un servicio o suministran un bien.

Dentro del análisis de los sujetos contractuales, Santofimio Gamboa (2017) señala que se debe revisar en lo referente a las entidades estatales, parte contratante, la competencia y la capacidad que esta tenga para suscribir el negocio jurídico, de igual forma identificar de manera clara a quien le corresponde la representación de la misma y la manifestación de voluntad que forma el consentimiento, la cual deber ser libre de vicios (error, fuerza y dolo); y respecto la parte contratista, quien deberá cumplir la prestación de dar o hacer al servicio de la Administración, el autor indica que es importante realizar el respectivo análisis de su capacidad y representación, por tanto con ello, analizar el tipo de sujeto a contratar (persona natural, jurídica, consorcio, unión temporal, concesión, entre otros) y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que los rige (Santofimio Gamboa, 2017).

El segundo de los requisitos de la existencia del contrato estatal, es el objeto contractual, es decir, corresponde al análisis detallado del fin, motivación, fundamento o razón de ser del negocio jurídico, que en el contrato estatal no es otro diferente al del cumplimiento de los fines del Estado, pues como se ha reiterado en el presente capítulo, la causa de los contratos estatales, es la de garantizar a la comunidad la prestación eficiente de los servicios a cargo del Estado y el suministro efectivo de bienes que permitan acceder a ellos.

Otros doctrinantes afirman que los requisitos de existencia del contrato estatal incluyen así mismo,

En primer lugar, el acuerdo de voluntades respecto del objeto y la contraprestación. Un segundo requisito -instrumental- del contrato de derecho público, es su formalización al escrito. El tercer requisito, está referido a los elementos de existencia y validez que se exigen para todo contrato, según las reglas del derecho privado. Y respecto al cumplimiento de las normas orgánicas de presupuesto, se evidencian grandes diferencias conceptuales de si el certificado de disponibilidad y el registro presupuestal, constituyen requisitos para el nacimiento del contrato estatal. (Troncoso, 2013, p.140)

1.2.3.2 Acuerdo entre las partes

Para la suscripción del contrato estatal, como se analizó previamente existen dos partes con intereses diferentes, por un lado la o las entidades estatales y el particular que cumpla con funciones Administrativas o las entidades que se asemejan según su naturaleza jurídica, en los términos que dispone el literal a y b del artículo segundo de la Ley 80 de 1993, que define quienes son entidades estatales, que cobra importancia, pues necesariamente una de ellas actuará como contratante, al ser requisito de existencia del contrato estatal que una de las partes del negocio jurídico tenga el carácter mencionado, pues de no ser de esta manera, la naturaleza del

contrato no sería un contrato estatal, sino uno de naturaleza civil, comercial o simplemente no existiría.

Y la otra parte del negocio jurídico del Estado, es como bien lo ha mencionado el autor Santofimio Gamboa (2017),

La persona natural o jurídica de derecho público, internacional o privado, consorcio, unión temporal o promesa de persona jurídica (concesión), al igual que los órganos públicos o administrativos (convenios o contratos interadministrativos), y las entidades asimiladas (parágrafo, art. 2.º, Ley 80 de 1993, cooperativas y asociaciones de entidades territoriales), cuando cualquiera de ellas actúe como contratista o parte contratista, conforme a lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Entre estas dos partes, debe formarse lo que se conoce como “el consentimiento”, el cual se configura a través de la manifestación de voluntad de cada una de ellas. Por tanto, el contrato estatal al igual que otros de naturaleza distinta, es producto de un acuerdo común y de voluntades entre las partes. Este elemento es un requisito fundamental para la existencia del contrato del Estado, pues un acuerdo sin la manifestación expresa de la voluntad, podría llevar a la inexistencia del mismo contrato, razón por la cual, para doctrinantes como Santofimio Gamboa (2017) más que un requisito de validez, el consentimiento se convierte en un requisito vital para la existencia del mismo.

El artículo 1.602 del Código Civil establece que “los contratos son Ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una Ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, esta definición de contrato, es el

reconocimiento de la libertad que tienen las partes para obligarse, siendo ella fundamental para la formación del consentimiento.

Sobre el asunto, la Corte Constitucional en Sentencia T-229 de 2016, ha establecido que, Los contratos nacen del consentimiento de las partes, que es reconocido como fuente de las obligaciones por el ordenamiento jurídico a través del principio de la autonomía de la voluntad. De esta forma, en la medida que el consentimiento sea libre y espontáneo vincula a las partes, lo que se evidencia a través del segundo principio fundamental de los contratos, que es el principio de la fuerza obligatoria del contrato *pacta sunt servanda*. Una vez que el contrato nace a la vida del Derecho da lugar a una obligación que no puede ser alterada por la voluntad del deudor que le dio origen. En otras palabras, las obligaciones del contrato son exigibles en la medida que éste sea elaborado conforme al proceso de formación que exige el Derecho para que nazca, es decir, que obedezcan a un proceso de negociación.

Para Santofimio Gamboa (2017) el consentimiento es, por tanto, dos voluntades que tienen un propósito común, el cual es el cumplimiento del objeto contractual a través de la adquisición de obligaciones recíprocas, siempre que dichas obligaciones respeten la autonomía de voluntad de las partes y los fines estatales, pues con ello se garantiza entonces la primacía del interés general.

Concomitante a lo anterior, en el contrato estatal, los principios analizados anteriormente, cobran vital importancia para la formación del consentimiento en los sujetos o partes contractuales, pues para que este se forme de manera libre se debe garantizar de parte de la entidad estatal la transparencia en todas las actuaciones administrativas de escogencia del

contratista, a través de los mecanismos o métodos de selección objetiva ya referidos, de conformidad con la naturaleza y características especiales de cada uno de los contratos.

Por otro lado, en el contrato estatal, quien desee aspirar a ser un contratista del Estado, debe sujetarse a una serie de condiciones y requisitos dependiendo del tipo de contrato, objeto contractual, cuantía, modalidad de selección, entre otros, esto puede ser a través de las condiciones impuestas en un pliego de condiciones, invitación pública, términos de referencia o solicitudes de oferta, entre otros requisitos de conformidad con el tipo de contrato y además el contratista deberá concluir de manera satisfactoria cada uno de los procedimientos para llegar a una adjudicación del contrato, cuyo momento es el primordial, pues en ese instante existe, cuando un acuerdo de voluntades se perfecciona con posterioridad al ser elevado a escrito, ya sea contrato, carta de adjudicación, orden de compra o cualquier otro dependiendo de la naturaleza del mismo.

En relación con lo anteriormente expuesto, Santofimio Gamboa (2017) ha expresado que, En el contrato del Estado, al igual que en los de derecho privado, la voluntad debe estar exenta de vicios que puedan afectar su validez. En ese sentido, se aplican las consideraciones del derecho privado sobre la teoría del error, la violencia o el dolo como configuradores de nulidad del contrato, en algunos casos simplemente relativa. No obstante, lo anterior, para el contrato Estatal es significativa la evaluación de los vicios del consentimiento, sobre todo cuando se trata del análisis penal de la conducta, que en casos como los de error o violencia podrían exonerar de responsabilidad; pero que, tratándose del dolo, entendido como conducta antijurídica consciente y querida, podría constituir, eventualmente, la base para la configuración de un delito.

Por tanto, la formación del acuerdo entre las partes del contrato estatal, a través del libre consentimiento, se convierte en garantía de cumplimiento de las contraprestaciones establecidas, y con ello, la consecución de los fines estatales propuestos por la Administración Pública.

1.2.3.3 Objeto

El objeto del Contrato, es el motivo, la causa o la razón de ser por la cual, la entidad estatal identifica que se requiere satisfacer una necesidad de prestación de servicios o suministro de bienes, y por tanto selecciona el método de escogencia que la norma indique para ello, a fin de encontrar el contratista idóneo para ejecutarlo.

Sobre el asunto, Santofimio Gamboa (2017), señala que no se debe confundir el objeto del contrato, con el objeto de las obligaciones, pues un contrato tiene por objeto la creación de una o más obligaciones, mientras las obligaciones son entonces la cosa o la actividad que se debe ejecutar o que debe entregarse a fin de cumplir con el contrato estatal.

Como lo ha destacado la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado, Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809):

Jamás debe confundirse el objeto del contrato con el objeto de la obligación puesto que el primero, el del contrato, es el derecho o interés que es materia de la regulación mediante el respectivo negocio jurídico, al paso que el segundo, el de la obligación, es la prestación que no es otra cosa que la conducta comisiva u omisiva que el deudor debe desplegar en favor del acreedor.

Por lo tanto, el objeto de las obligaciones es sobre lo que recae el consentimiento de las partes, es decir aquello que han aceptado como de posible ejecución. Desde ese punto de vista, el objeto del contrato estatal no es otro que el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, y para ello las entidades estatales podrán incluir dentro del proceso de selección, las modalidades,

condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la Ley, el orden público y a los principios de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993 (Artículo 40, Ley 80 de 1993).

No obstante, es importante tener en cuenta que para el análisis del objeto del contrato estatal, se debe atender las normas comerciales y civiles, tal como lo indica el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ejemplo de ello el artículo 1518 del Código Civil, que establece los requisitos de las obligaciones y señala que,

No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. (Código Civil, 1518)

El objeto de los contratos que celebren las Entidades estatales, es satisfacer el interés general, realizar una constante y adecuada prestación de los servicios públicos y garantizar el goce efectivo de los derechos de las personas, razón por la cual, según Santofimio Gamboa (2017), este objeto debe ser lícito, posible y claramente determinado, deber ser cierto, existente y concreto a fin de supervisar de manera eficaz su ejecución, pues todo ello, responde a la necesidad conjunta de los sujetos contractuales de certeza sobre cada una de sus obligaciones e intereses, a fin de evitar posibles contrataciones irregulares que conlleven a responsabilidad del Estado en cualquiera de sus tipos.

Respecto del objeto del contrato estatal, el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, establece una obligación para los contratistas, la cual es,

Colaborar con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante

el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramiento que pudieran presentarse.

De esta manera, las Entidades Estatales disponen de diversos medios para lograr el cumplimiento del objeto contractual, establecidos en el Artículo 14 de la Ley 80 de 1993, por un lado, tienen la responsabilidad de ejercer control y vigilancia de la ejecución del mismo, y para ello podrán disponer de los documentos, estipulaciones convenidas y realizar modificaciones a lo contratado o terminar unilateralmente el mismo cuando las condiciones así lo exijan y por otro lado, podrán pactar las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales en los contratos que expresamente indique la norma, siendo estas últimas el objeto de estudio del presente trabajo, las cuales se abordarán de manera detallada en el desarrollo del segundo capítulo.

1.2.3.4 Causa

La causa es uno de los elementos estructurales del contrato más controversial, pues algunos doctrinantes afirman que es útil y necesaria, mientras que otros la ven como algo intrascendente. Por esta razón se reconoce desde la escuela causalista y otra anti causalista, y al igual que el objeto del contrato estatal se deriva una controversia sobre si esta se ha de manifestar sobre el contrato o sobre las obligaciones que de él nazcan.

Sobre el asunto, Domínguez García (2015) en su texto *La causa como elemento del acto jurídico - Teoría de la causa*, establece que para los causalistas, la causa es tanto elemento de existencia como de validez del acto jurídico, pues señala que es un elemento esencial, que de no existir, no existirá tampoco el negocio jurídico, y por otro lado es un elemento de validez, pues

cuando es ilícita o errónea o falsa, el negocio existirá, pero afectado de nulidad (Domínguez García, 2015).

Por otra parte, menciona el autor que doctrinantes como Planiol, Emts y Baudry-Lacantinerie y Demogue, defienden la teoría anti-causalista y su tesis de que los causalistas confunden la causa del contrato estatal con la voluntad o con el objeto del mismo, y por ende, la causa no es un elemento de vital importancia, que pueda afectar la existencia del contrato (Domínguez García, 2015).

La causa, se convierte entonces, en una de herramienta que permite determinar la exigencia, por la cual una persona se obliga, es decir, el motivo razonable por el cual se adquieren las contraprestaciones de cada una de las partes, que para la entidad estatal será la de satisfacer las necesidades de bienes y servicios de la comunidad que representa y para el contratista, será la de recibir una contraprestación en su mayoría pecuniaria.

De conformidad con lo expresado en el artículo 1524 del Código Civil: “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato”, por tanto, se determina como su razón de ser, que, según los postulados de Santofimio Gamboa (2017), se debe reconocer como “un criterio eminentemente objetivo que lleva a identificar las razones de la existencia de obligaciones entre las partes”, pues es este el fin último por el cual los sujetos suscriben un contrato, adquiriendo responsabilidades recíprocas (Santofimio Gamboa, 2017)

Por tanto, se puede deducir que para el autor,

El concepto de causa está dado por la idea inicial que impulsó a negociar, que creó la intención de hacerlo, la razón fundamentada que promueve que la entidad estatal busque un método de selección y escoja un contratista para ejecutar un objeto contractual, es la razón de ser del contrato estatal. (Santofimio Gamboa, 2017)

Sobre el asunto, es importante analizar que la causa sea lícita, según lo señalado en el artículo 1502 del Código Civil, es decir, se encuentre dentro de los parámetros expresados en el ordenamiento jurídico, por tanto, de acuerdo al inciso segundo del artículo 1524 del Código Civil, es una causa ilícita “la prohibida por la Ley, o contraria a las buenas costumbres y al orden público”, por lo cual, según Santofimio Gamboa (2017), es ilícita la causa de una obligación si una de las partes mediante compromiso de recompensa, busca la influencia en alguna de la etapas del proceso contractual, buscando una ventaja y afectando el erario público, toda vez que, aunque los particulares no están obligados a corresponder a la moralidad pública y el bien social, si deben respetar las buenas costumbres, es por tanto, una afectación a ello, que los particulares pacten convenciones que desestabilizan el equilibrio contractual y afecten el interés general.

En conclusión, la causa se analizará desde el punto de vista de su licitud, a fin de que la misma se lleve a cabo bajo cumplimiento de normas de orden público dentro de los marcos jurídicos existentes.

1.2.3.5 Elementos esenciales del esquema negocial

Dentro del esquema negocial, se encuentran los elementos esenciales, naturales y aquellos puramente accidentales; los elementos esenciales se determinan como aquellos que son inherentes al mismo, los cuales de no existir, no existiría el negocio jurídico, los elementos naturales, son aquellos que la norma considera integrados al negocio jurídico y los elementos puramente accidentales, son aquellos incorporados al negocio jurídico por acuerdo entre las partes a través de cláusulas mediante las cuales se expresa su voluntad.

Al respecto, Santofimio Gamboa (2017), indica que,

En todo contrato, ya sea de naturaleza privada o pública, y regla general en un negocio jurídico, se deben determinar los elementos que son de la esencia, los elementos naturales

y los elementos puramente accidentales, pues ellos son los que estructuran un contrato o negocio jurídico. En este punto analizaremos los elementos de la esencia, que son aquellos sin los cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente. (p.117)

Se puede decir, que los elementos esenciales, son entonces, aquellas exigencias para que el negocio jurídico tenga vida en el ordenamiento jurídico; son de dos tipos; generales y particulares. Según lo expresado por Martínez y Roa (2017), los elementos generales o comunes a todos los negocios jurídicos son: la voluntad, capacidad, objeto y causa. Los elementos particulares o específicos se refieren a cada negocio en particular, es decir, que son las condiciones indispensables ya no para la existencia del acto, sino para diferenciarse de los demás. Son elementos particulares: las formalidades propias del negocio, si las hay, pues la regla general es la consensualidad, los demás elementos esenciales propios de cada negocio (Martínez y Roa, 2017).

Por tanto, la doctrina permite indicar que para que se considere un contrato estatal, se deben reunir todos los elementos de su esencia, que le dan la estructura al mismo, aquellos que son fundamentales para que nazca a la vida jurídica, sin los cuales no existiría negocio jurídico.

En consecuencia, menciona el autor Santofimio Gamboa (2017) que existe negocio jurídico cuando la intención de realizarlo recae sobre los elementos esenciales, es decir, que para que exista una celebración debida de un contrato estatal, no solo debe existir la declaración de voluntad destinada a producir los efectos jurídicos queridos por las partes, sino, que se debe probar que esa voluntad recae sobre cada uno de los elementos esenciales descritos anteriormente, a fin de que se considere un negocio jurídico real.

1.2.3.6 Solemnidades exigidas por la Ley

Al respecto es importante decir, que para que un negocio o acto jurídico nazca a la vida jurídica debe cumplir con una serie de requisitos, entre ellos, los que la Ley establezca como formalidades o solemnidades, pues de esta manera se expresa la voluntad de las partes, manifestando su consentimiento y perfeccionando la relación contractual, pues la omisión de estos, también conlleva a su inexistencia.

Pues bien, como lo ha expresado el profesor Santofimio Gamboa (2017),

Un proyecto de negocio jurídico deviene en inexistente cuando hay ausencia de la expresión del querer negociar, cuando carece de objeto, cuando no tiene causa, cuando falta alguno de los elementos que lo configuran y lo determinan, cuando se omite la solemnidad que lo perfecciona y cuando siendo real no se entrega la cosa que ha de ser materia del negocio. (p.25)

De igual forma, es importante tener en cuenta que en la normatividad contractual vigente y la que ha regido a los contratos estatales anteriormente, se evidencia, que, en la generalidad de los casos, la existencia del contrato se acredita mediante documento escrito y, es por eso que los contratos estatales se reconocen como solemnes, tal característica de conformidad con lo establecido en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.

1.2.4 Requisitos de validez del contrato estatal en Colombia

El contrato del Estado, además de reunir los requisitos de su existencia, descritos en los numerales anteriores de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, debe también cumplir una serie de requisitos que constituyen su validez, entendiendo la validez del contrato como la condición de adecuación al ordenamiento jurídico desde la iniciación del procedimiento (precontractual) hasta la celebración del mismo (contractual).

Así mismo, para que el contrato sea válido se necesita el cumplimiento por un lado de los requisitos establecidos en el derecho privado, pues como ya se ha mencionado de manera reiterada, se trae las normas de derecho comercial y civil como complemento al Estatuto General de Contratación, siempre teniendo en cuenta que en estas últimas primas el interés de la comunidad frente a la autonomía de la voluntad.

Por tanto, la principal fuente de los requisitos de validez está consagrada en el artículo 1502 del Código Civil, el cual establece: que para que un contrato sea válido se requiere que concurren las siguientes condiciones: consentimiento de las partes exento de vicios, causa lícita, objeto lícito, capacidad de las partes contratantes y cumplimiento de algunos requisitos o formalidades que la Ley impone, básicamente en atención a la calidad o estado de las personas que lo celebran.

1.2.4.1 Consentimiento

El consentimiento es la manifestación de la voluntad de uno o más sujetos, con el fin de obligarse y adquirir derechos, en el marco de su autonomía. Para la Real Academia Española (RAE), el consentimiento es la manifestación o declaración de voluntad, expresa o tácita, ya sea en forma verbal o escrita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente.

Por tanto, se concluye que el consentimiento o la expresión de la voluntad de las partes debe ser exenta de vicios, es decir que no exista una coacción o voluntad externa que afecte su declaración; que sea consciente y que dicha expresión tácita o expresa que genera derechos y obligaciones emane de la voluntad real de los sujetos.

En tal sentido, según el artículo 1508 del Código Civil, los vicios del consentimiento pueden ser: el error, la fuerza y el dolo, algunos de ellos generan nulidad relativa del contrato

estatal, en razón a ello, debe tenerse en cuenta las normas del código civil como parte íntegra del análisis del contrato estatal.

El error como vicio del consentimiento es, en palabras de Santofimio Gamboa (2017), La falta de conformidad entre el fuero o voluntad interna de cualquiera de los sujetos partes en la relación negocial y los elementos del mundo exterior que le sirvieron de fundamento para la formación de sus criterios; esta discrepancia se proyecta indubitablemente al conglomerado jurídico con su exteriorización. (p.21)

En consecuencia de ello, menciona Santofimio Gamboa (2017), que existen tres elementos de estudio en materia del error que vicia el consentimiento, el primero de ellos que está en la psiquis del sujeto, es decir, es la concepción errada de la realidad socio-jurídica que se forma en la mente de las partes contractuales, y que motiva a cada una de ellas a adquirir derechos y obligaciones, el segundo son los elementos del exterior que orientan la formación del primer elemento descrito y el último es la proyección o exteriorización de la voluntad que reúne lo que los sujetos tienen en la psiquis como declaración de libertad y autonomía de las partes.

En razón a lo anterior, pueden existir dos tipos de error, el error de hecho y el error de derecho. El error de hecho en Colombia, según la Real Academia Española (RAE) (2010) es “la equivocación que conlleva a un desconocimiento de la concurrencia de hecho de un elemento descriptivo o de los presupuestos fácticos de un elemento normativo”.

Es aquel, que hace parte de la formación de la idea del sujeto sobre las situaciones fácticas, las partes, las características, las condiciones, entre otros.

Sobre el asunto, menciona Santofimio Gamboa (2017), lo que se conoce como “la condición de esencialidad”, es decir, que el grado de error que se presencie en el contrato estatal debe ser de consideración suficiente para que vicie el consentimiento, pues no cualquier error

puede viciar por ello en el contrato estatal, dicha condición establece que cuando el error recaer directamente sobre uno de los elementos del negocio (sujetos, objetos, causa, entre otros) o sobre cualidades sustanciales requeridas en una determinada actuación, recae entonces sobre la esencialidad del mismo, y por tanto si vicia dicho consentimiento (Santofimio Gamboa, 2017).

Teniendo en cuenta que la contratación estatal en sus diferentes etapas se expresa a través de actos administrativos, es importante resaltar aquellos errores que la doctrina ha considerado, como, por ejemplo, el error en la persona, que según el artículo 1512 del Código civil, menciona que “el error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato”.

Es decir, aquellos contratos estatales que tienen la condición de *intuitio personae*, como por ejemplo en los Contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, toda vez que para la elección del perfil requerido para el cumplimiento del objeto contractual se realiza un análisis de la persona. Siendo esta y sus conocimientos idóneos, la causa principal de la celebración del contrato.

El error en la naturaleza del negocio (error in negocio); sucede según Rivera (2014), cuando uno de los contratantes equivoca el tipo negocial que está celebrando. Santofimio Gamboa (2017) por su parte, indica que la doctrina ha considerado este tipo de error como excluyente de la voluntad; siendo un error tan grave, que su efecto es la inexistencia o nulidad radical del contrato.

El error sobre el objeto del negocio, es un error sobre el objeto del contrato estatal, según Santofimio Gamboa (2017), esta anormalidad en la voluntad de la Administración, resulta de no prever en la etapa de planeación la existencia del objeto sobre el cual recae la suscripción del contrato, resultando, por ejemplo, que para la ejecución del contrato se afecte la prestación de los

servicios públicos, o un bien de naturaleza privada o realizando inversiones sobre predios que no existen.

El error sobre los motivos del negocio, este tipo de error no se tiene en cuenta como un vicio del consentimiento, pues en este caso, la administración o la parte estatal contratante se equivoca en la razón que induce a la contratación estatal, estos motivos internos o subjetivos de la entidad, no afecten de manera radical el interés general de la comunidad.

El error de derecho en Colombia, según Rivera (2014), “radica en la ignorancia o falso conocimiento de las normas jurídicas en cuanto a su contenido, existencia, interpretación o aplicación al caso concreto” (p.12).

No obstante, cuando una de las partes haya celebrado un contrato estatal en consecuencia de una interpretación errada de una norma, se está en presencia de un error de derecho, el cual no es un vicio del consentimiento, toda vez que recae no sobre los presupuestos fácticos del negocio jurídico, sino, sobre la realidad jurídica.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C- 993 de 2006, establece que,

La ausencia de reconocimiento del error de derecho como vicio del consentimiento no priva a las personas de la facultad de celebrar negocios jurídicos y de definir las condiciones y términos de los mismos, con efecto vinculante, para alcanzar los fines de aquella, siempre y cuando respeten las normas imperativas y el orden público. Sin embargo, puede advertirse que, como es lógico, dicha circunstancia exige lógicamente una mayor carga de claridad y diligencia de las partes del negocio en su celebración, para evitar las consecuencias adversas del negocio celebrado con ese tipo de vicio.

En este orden de ideas, de conformidad con lo mencionado por Santofimio Gamboa (2017), “el error de derecho, puede presentarse en diferentes modalidades, como son: violación

directa del orden positivo, falsa interpretación del orden positivo, errónea interpretación del orden positivo, y violación por aplicación indebida del orden positivo” (p.17).

Por tanto, para que una de ellas vicie el consentimiento, debe ser de tal magnitud que la autonomía de la voluntad se vea igualmente afectada por el ordenamiento jurídico, como ocurre en un error de hecho, pues lo que se pretende es generar una seguridad jurídica entre los sujetos del contrato estatal, relacionándolo con el principio de obligatoriedad de la Ley, que señala el artículo noveno del Código Civil, en virtud del cual la ignorancia de las Leyes no sirve de excusa.

En esta línea, la fuerza como segundo elemento que vicia el consentimiento, hace referencia a la coacción, la amenaza, la intimidación o la violencia, que existe al momento de formar un consentimiento, el cual afecta la autonomía de voluntad de una o de todas las partes que intervienen en el contrato estatal (Santofimio Gamboa, 2017). Así, el artículo 1513 del Código Civil, establece que “la fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición”.

Para explicar tal disposición, la Corte Suprema en Sentencia C-345 de 2017 indica que, La fuerza se encuentra constituida por un hecho externo que genera en su destinatario un temor o miedo de tal naturaleza, que lo obliga a enfrentarse a un conflicto entre actuar como se lo requieren, o verse afectado por el mal que se le está causando o con el cual se le está amenazando. A su vez, (ii) la configuración de la fuerza como evento anulatorio requiere de la combinación de dos elementos. Un elemento fáctico relativo a la intensidad de la actuación que se acusa como violenta, de manera que ella debe producir una

impresión suficientemente fuerte atendiendo las condiciones de quien la padece. Y un elemento valorativo que impone determinar si la actuación que se acusa resultó injusta.

Sobre el asunto, el artículo 1514 del Código Civil, establece que “para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento”.

Es importante resaltar de conformidad con lo mencionado por la Corte en la precitada sentencia, la violencia física, no se encuentra incorporada como un vicio del consentimiento en la fuerza, pues en estos casos no existe como tal la formación de la voluntad o el consentimiento, no se puede decir que está viciado, pues simplemente no existe, y por tanto dicho negocio jurídico y el acto celebrado en él son inexistentes, en este punto, se trata a la violencia como una presión psicológica, capaz de afectar la formación de una voluntad libre.

El dolo por su parte, se encuentra entre los vicios del consentimiento que generan como consecuencia la nulidad del contrato estatal, se caracteriza por la intención de engaño del sujeto que lo realiza, es aquella actuación que tiene como propósito lograr un fin diferente, al que, de conocer la otra parte, no celebraría dicho contrato.

Según el profesor Santofimio Gamboa (2017), el dolo se conoce como “toda especie de artificio de que se vale una persona para engañar a otra, corresponde a la fórmula romana del *dolus malus*, que consiste en toda habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta, con la que se engaña a otra persona”.

En conclusión, el dolo es una es la maniobra fraudulenta que realiza una de los sujetos de la relación contractual, para determinar la voluntad del otro, con el ánimo de que este haga parte de la relación jurídico- comercial, pues de conocerse la intención verdadera de quien engaña, esta última no se hubiese vinculado como parte en el proceso.

1.2.4.2 Capacidad

De conformidad con lo establecido en el artículo sexto de la Ley 80 de 1993, la capacidad para contratar, se refiere a que pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes, los consorcios y uniones temporales y las personas jurídicas nacionales y extranjeras que acrediten una duración no inferior a la del plazo del contrato y un año más.

Esta norma del Estatuto General de la Contratación Pública, lleva nuevamente a una remisión al Código civil como norma integradora, el cual en su artículo 1502 establece que: “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra”, por tanto, los sujetos de una relación negocial, deben ser personas naturales o jurídicas, idóneas para ser titulares de derechos y obligaciones, y por ende, tener plena capacidad jurídica, independientemente de si ostentan o no personalidad, tal es el caso último de los consorcios y uniones temporales (Santofimio Gamboa, 2017).

Sobre la capacidad, es importante tener en cuenta, que las entidades estatales están revestidas de facultades especiales de contratar, propias a su función administrativa, es decir a la protección de los intereses generales, siendo esta característica fundamental para dichas entidades, pues quien no tenga las facultades otorgadas por la Ley para el ejercicio de dichas funciones, no tendrá por tanto capacidad para contratar, y los actos o negocios jurídicos que celebren sin el lleno de este requisito estarán viciado de nulidad.

Para Fernández Mejía, como se citó en Ibarra et al. (2015),

La capacidad a la que se refiere la norma, no es la capacidad jurídica o de goce, que es un atributo de la personalidad jurídica que ostenta todos los sujetos de derecho, sino la

capacidad legal o de ejercicio, que está consagrada como una técnica de protección de la autonomía de la voluntad privada.

Por tanto, como lo mencionan los autores citados, la regla general es que toda persona es legalmente capaz, pues la Ley consagra expresamente aquellas personas que no pueden obligarse, por tal razón, un contrato suscrito entre partes que carezcan de capacidad, será nulo ir en contra del postulado legal (Ibarra et al., 2015).

1.2.4.3 Objeto Lícito

El objeto contractual, es la manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, no obstante, encuentra su límite, en el orden público, pues es este último es el garante de las partes de la relación negocial, el cual actúa en distintos órdenes, es garante de procedimiento, es decir, que el proceso de formación del contrato que es Ley para las partes sea ajustado a la norma vigente, es garante de protección de las desigualdades económico- sociales, regula por tanto el entorno, a fin de que los oferentes en un proceso puedan participar libremente en la negociación y por último, es garante de coordinación, es decir, se encarga de que la licitud del mismo sea encaminada al cumplimiento de principios axiológicos y fines últimos del estado, con el fin de preservar el orden social y los valores esenciales del ordenamiento jurídico, tales como: la moral y las buenas costumbres.

El objeto de los contratos estatales, debe ser un objeto contractual lícito, y para entender el concepto de la licitud se debe remitir a los artículos del Código Civil, especialmente los artículos 6 y 1519, como lo menciona Santofimio Gamboa (2017), el cual establece que “en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la Ley, si en ella misma no se dispone otra cosa, y que hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación” (p.28).

Por tanto, cualquier actuación administrativa dentro del proceso contractual, en cualquiera de sus etapas, que vaya en contravía a los postulados normativos o estén prohibidas expresamente por la Ley, generan una nulidad absoluta del objeto y por ende, del contrato estatal, a excepción de aquellas que expresamente consagra una sanción distinta.

Al respecto es de suma importancia, citar el Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993), en el artículo 40 que señala,

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la Ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

En este sentido, el profesor Santofimio Gamboa (2017), establece que el análisis de la imperatividad de una norma, debe proceder a partir de la estructura de legalidad de la misma, siendo parte de ella, los principios y valores orientadores, así como los postulados constitucionales, pues debe recordarse que el fin último del contrato estatal no es otro que de satisfacer con bienes y servicios las necesidades de la comunidad, primando por tanto el interés general sobre el de los particulares.

Por último, menciona el autor que otra fuente de vital importancia frente a la concepción de un objeto contractual lícito deviene del concepto de “buena administración, de mérito de oportunidad, de conveniencia, para determinar el contenido del contrato y su celebración”, y por tanto, el derecho internacional juega un papel preponderante, de cara a la internacionalización de los mercados, siendo determinantes,

Los tratados y convenios bilaterales o multilaterales de carácter económico, los fallos de tribunales internacionales de carácter económico y las directrices de organismos internacionales de la misma naturaleza, pues los TLC y demás acuerdos comerciales vinculan la contratación pública en todos sus aspectos; y cualquier análisis de objeto lícito no puede estar ausente de las previsiones de derecho internacional. (Gamboa, 2017, p.40)

1.2.4.4 Causa Lícita

La causa del contrato estatal, según lo ha dispuesto la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en expediente 24.636, C.P. Ramiro Pazos Guerrero,

La causa del contrato estatal, esto es el motivo que da lugar a su celebración, es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado.

La causa en los contratos, se establece como uno de los requisitos para obligarse referidos en el artículo 1502 del Código Civil, la cual debe ser, una causa lícita, es decir aquella que no contrarié postulados constitucionales, principios, valores, normas de orden público, las buenas costumbres y la moralidad administrativa, pues con ella se busca dar respuesta a las diferentes necesidades de la comunidad y garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos.

Al respecto, el artículo 1524 del Código Civil, establece que,

No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la Ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda

que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

Por tanto, la causa del contrato estatal debe obedecer a las razones lícitas por las cuales las entidades estatales, buscan satisfacer unas necesidades, a través de los diferentes métodos de selección, con los cuales escogen el contratista idóneo, que ejecute el objeto y las obligaciones derivadas de él, a fin de conseguir el fin último que es la protección de los intereses generales.

1.2.4.5 Solemnidades exigidas por la Ley

Sobre las solemnidades exigidas por la Ley, el artículo 1741 del Código Civil, dispone que el contrato será nulo absoluto, entre otros, cuando se presente “la omisión de algún requisito o formalidad que las Leyes prescriben para el valor de ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos”, pues dichos requisitos o solemnidades que de manera adicional exige el ordenamiento jurídico, le dan valor a ciertos actos que se desarrollan dentro del negocio jurídico, es decir, le dan validez al acto suscrito (Contrato Estatal).

En este orden de ideas, según el autor Santofimio Gamboa (2017) se debe tener en cuenta que exige dos tipos de solemnidades, las primeras para la formación del negocio jurídico como tal, y se denominan constitutivas y las segundas aquellas que le dan al valor al acto en sí, es decir lo revisten de validez, ejemplo de este tipo de exigencias se encuentra el hecho que para el perfeccionamiento del contrato estatal, se exija que este deba elevarse a escrito, esta formalidad que impone la Ley 80 de 1993, es un requisito indispensable para que el contrato suscrito sea válido, y por ende sea oponible para los terceros interesados.

En conclusión, de conformidad con lo referido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección tercera, expediente interno No.20.185, la omisión de las solemnidades que se piden “para el valor” del contrato estatal, determina la nulidad

absoluta o relativa del mismo o su inexistencia, ya sea que estas formalidades se exijan de la naturaleza del acto o contrato, o si se exijan en atención al estado o calidad de las partes que intervienen en la celebración del mismo.

1.3 EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

En la etapa de ejecución contractual, se verifica el cumplimiento de las obligaciones a cargo de cada una de las partes, el contratista, por un lado a través de la prestación del servicio o del suministro del bien que haya sido requerido mediante el proceso de selección y la entidad estatal, a través de la prestación que se obliga a cancelar al contratista.

1.3.1 Requisitos de ejecución

De conformidad con lo establecido por Colombia Compra eficiente (2016),

Antes del inicio del contrato, deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) La aprobación de la garantía cuando el contrato la requiera; (ii) La existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, y (iii) La acreditación de que el contratista se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, en los términos que establezca la normativa.

Estos requisitos referidos, son de obligatorio cumplimiento para iniciar la ejecución del contrato estatal, y, por ende, están llamados a ser atendidos por cada una de las partes de la relación negocial.

Ahora bien, por otro lado, se tiene el perfeccionamiento del contrato estatal, el cual acorde a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 ocurre “cuando se logra acuerdo entre objeto y contraprestación y éste se eleva a escrito” y solo es viable su ejecución, cuando se han cumplido

los presupuestos contenidos en el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, mencionados anteriormente.

Sobre el asunto, el Consejo de Estado, en Sentencia No. 1996-00511, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, ha indicado que:

La existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se produce cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: “acuerdo sobre el objeto y la contraprestación” (elementos sustanciales) y también que “éste se eleve a escrito” (elemento formal de la esencia del contrato).

El registro presupuestal del que trata el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto Ley 111 de 1996 es un requisito de “ejecución” del contrato estatal, en sentencia proferida el 28 de septiembre de 2006, expediente 15.3076, la Sala advirtió nuevamente al respecto, que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su “perfeccionamiento”, porque es un requisito necesario para su ejecución.

1.3.2 Supervisión del contrato

De acuerdo con lo establecido en la Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado de Colombia Compra Eficiente (G-EFSICE-01), las entidades estatales, tienen la responsabilidad, tanto propia, como con los contratistas y terceros que puedan verse afectados por cualquier actuación durante las etapas del contrato estatal, de vigilar la correcta ejecución de los objetos contractuales que han sido pactados, con el fin último de “proteger la moralidad administrativa, evitar actos de corrupción y garantizar la transparencia en cada una de las etapas, y dicha vigilancia debe hacerse a través de un supervisor o interventor, según sea el caso” (Concepto 384761 de 2022 - Departamento Administrativo de la Función Pública).

Colombia Compra Eficiente (s.f.) define la supervisión de un contrato estatal como, El seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercido por la misma entidad estatal cuando no se requieren conocimientos especializados. El artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 permite que las Entidades Estatales celebren contratos de prestación de servicios para apoyar las actividades de supervisión de los contratos que suscriben.

La interventoría, por su parte la define como,

El seguimiento técnico a la ejecución de contratos de distintas tipologías, realizado por una persona natural o jurídica contratada para ese fin por la Entidad Estatal, en los siguientes casos: (i) cuando la Ley ha establecido la obligación de contar con esta figura en determinados contratos, (ii) cuando el seguimiento del contrato requiere del conocimiento especializado en la materia objeto del mismo, o (iii) cuando la complejidad o la extensión del contrato lo justifique. (Colombia Compra Eficiente, s.f.)

La labor de supervisión a través de cualquiera de sus modalidades, es una tarea de intermediación entre la entidad estatal que contrata el bien o servicio y el contratista que ha sido elegido para la ejecución del objeto contractual, siendo su principal objetivo la vigilancia y el control de la ejecución del contrato estatal, pero que en ningún caso sustituye a la entidad en la toma de decisiones, o la responsabilidad de ellas, pues esta conserva la facultad ejercida a través del representante legal, de adelantar en cabeza suya todas las actuaciones administrativas que le corresponden como parte en dicho negocio jurídico.

1.3.3 Cumplimiento del contrato

El Departamento Administrativo de la Función Pública ha indicado que las entidades estatales con la suscripción de contratos estatales, pretenden el cumplimiento de los fines

esenciales del Estado, así como la prestación eficiente y no ininterrumpida de bienes y servicios a cargo del mismo. Por otra parte, el contratista, al ser parte de esta relación negocial, y celebrar y ejecutar dichos contratos, además de obtener su beneficio a través de las utilidades, contribuye a la consecución de los fines estatales, ejerciendo una función social y para ello, deben cumplir a cabalidad con los deberes y obligaciones que les impone la Ley y el determinado contrato.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo catorce de la Ley 80 de 1993, para la realización de los fines de la contratación y por ende, para hacer cumplir el objeto contractual previsto en ella, las entidades estatales al celebrar un contrato “tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato” (Art.14, Ley 80 de 1993), en razón a ello podrán “interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, terminar unilateralmente el contrato celebrado” (Art.14, Ley 80 de 1993) y por otra parte, podrán pactar “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” (Art.14, Ley 80 de 1993), entre otros, dentro del marco legal que esté dispuesto para ello.

Esta fase, es también conocida como la fase de ejecución contractual, que tiene una doble connotación, por un lado se encuentra la prestación a cargo del tercero contratista que debe cumplir a favor de la entidad, y por otro, la obligación que tiene la entidad estatal de cancelar la prestación estipulada en el contrato.

La ejecución requiere de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la Ley orgánica del presupuesto (Artículo 41, Ley 80 de 1993).

Al respecto la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Consejo de Estado en sentencia ha indicado que desde la perspectiva de la responsabilidad precontractual, durante la etapa de formación de un contrato existen obligaciones recíprocas, que de incumplirse determinan la responsabilidad del sujeto que omite los deberes asumidos durante el iter negocial y conducen a la reparación de todos los daños causados con la frustración del negocio (Sentencia Radicado No. 07001-23-31-000-1996-00511-01(15079), MP. Ramiro Saavedra Becerra).

1.3.4 Generalidades de las cláusulas excepcionales

Las cláusulas excepcionales en la Contratación estatal Colombiana, son facultades extraordinarias que tienen las entidades del estado, en el negocio jurídico, y que la sitúan en una mejor posición respecto de la otra parte, todo ello, en aras de proteger el interés público o por expresa orden del legislador; son poderes de exorbitancia reconocidos a las entidades estatales en el desarrollo de su función administrativa, con el fin de cumplir los fines esenciales del Estado y garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios a su cargo.

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, otorga a las entidades estatales unas facultades expresas ya citadas, es una garantía que debe tener el Estado, para que el tercero escogido como contratista mediante cualquier modalidad de selección, cumpla de manera efectiva con su labor encomendada y de esta manera la entidad puede continuar con las gestiones administrativas para la realización de sus fines y la protección de los intereses de la comunidad.

En tal sentido, el autor Betancur Hincapié (2015) en el texto *Las cláusulas excepcionales en la contratación estatal*, establece que,

Las cláusulas exorbitantes constituyen la expresión de prerrogativas que por mandato legal se otorgan a la Administración, lo cual implica, de un lado, una ruptura del principio de igualdad que suele caracterizar los contratos privados y las relaciones jurídicas entre particulares; y de otra parte, que a su vez se les otorgue a las entidades públicas contratantes, algunos privilegios que les permiten desarrollar ciertas actuaciones, con la potestad de hacerlas cumplir oficiosamente, es decir, sin necesidad de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su condición de juez natural del contrato estatal.

Adicionalmente a ello, el autor manifiesta que dichas potestades excepcionales que la Ley ha otorgado a las entidades estatales, son en ejercicio de su función administrativa, es decir, en procura de que a través de su uso, se proteja la prestación continua y eficiente de los servicios a cargo del Estado, es por tal razón, que su aplicación se encuentra únicamente en cabeza de la Administración Pública, y dichas disposiciones son ajenas al derecho común, pues no son facultades que se encuentran en el derecho civil y comercial, pues la naturaleza de las mismas, es la de proteger el bien común y con ello los fines esenciales del Estado (Betancur, 2015).

En razón a ello, se puede concluir que la autonomía de la voluntad e igualdad de los sujetos contractuales, se encuentran supeditadas a la primacía de factores superiores a los fines constitucionales y estatales, como lo es la prevalencia del interés público sobre los intereses particulares, como lo establece Güechá Medina (2006),

La Administración pública, ejerce su poder de imperio; es decir, en ejercicio del poder público que le asiste, debido a que, cuando una entidad pública celebra un contrato, lo

que busca es el cumplimiento de los fines del Estado y de la propia entidad; pretendiendo el bienestar de la comunidad; por ello, es posible decir que los contratos celebrados por la Administración implican un amplio contenido social.

De conformidad con el Artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se determina que son cláusulas excepcionales al derecho común: la 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, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar 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.

De igual forma podrán pactarse cláusulas excepcionales en los contratos de suministro y de prestación de servicios, pero no podrán pactarse en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2, del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales.

La cláusula excepcional de terminación unilateral contemplada en el Artículo 17 de la Ley 80 de 1993, establece que:

La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos: 1) Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga, 2) Por muerte o

incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, siempre que esta impida de manera absoluta el cumplimiento del contrato o por disolución de la persona jurídica del contratista, 3) Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista, 4) Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

La cláusula excepcional de interpretación unilateral referida en el Artículo 15 de la Ley 80 de 1993, establece que la entidad estatal podrá mediante acto administrativo motivado interpretar de manera unilateral las estipulaciones o cláusulas objetos de diferencias entre ella y el contratista, que no hayan podido lograr en acuerdo, y que afecten grave o puedan conducir a la paralización del servicio público que pretenda satisfacer el objeto contratado.

La cláusula de modificación unilateral fundamentada en el Artículo 16 de la Ley 80 de 1993, establece que la entidad de manera unilateral podrá por acto administrativo motivado, modificar mediante supresión, o adición de obras, trabajos, suministros o servicios, introducir variaciones si no se ha llegado a un acuerdo entre las partes, lo anterior con el fin de evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer, no obstante, si dichas modificaciones alteran el valor del contrato por 20% o más del valor inicialmente pactado, el contratista tiene el derecho de renunciar a la ejecución del contrato, de ocurrir dicho evento, se ordenará de manera inmediata la liquidación del contrato y la entidad estatal deberá adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar la terminación del objeto contractual.

Respecto al sometimiento de a las Leyes nacionales, se ha indicado lo siguiente,

Según el mandato constitucional que se infiere de los artículos 6° y 95 de la Carta Política, es deber de los nacionales y extranjeros establecidos en el territorio colombiano someterse y acatar la Constitución y las Leyes; esto se traduce no solo en el deber para

todas las personas de obedecer y respetar a las autoridades nacionales, de acuerdo con lo establecido en el numeral 3° del artículo 95 superior, sino también en el principio de legalidad al que debe someterse la Administración Pública en todas sus actuaciones; principio que en materia contractual se materializa en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, según el cual la normativa aplicable a los contratos estatales está dada por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, y por las dispuestas particularmente en la misma Ley 80 de 1993. (Hincapié et al., 2017).

De tal forma que cuando la ejecución del contrato ocurra dentro del territorio colombiano, los requisitos, efectos y terminación del mismo, se regirán por las Leyes colombianas; dando aplicación al principio general que indica que el contrato se rige por las Leyes del país donde se desarrolla (Fandiño, 2014).

Por otra parte la cláusula excepcional de caducidad en los contratos estatales, contemplada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la define como la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado podrá darlo por terminado y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre. No obstante, es importante tener en cuenta que dicha facultad exorbitante sólo procede en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado y los contratos de obra.

Por último la cláusula excepcional de reversión, cuyo fundamento se encuentra en el Artículo 19 de la Ley 80 de 1993, se aplica únicamente en los contratos de explotación o

concesión de bienes estatales y establece que la entidad estatal podrá pactar que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma, estos pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

1.3.5 Reflexión sobre las cláusulas excepcionales de caducidad y terminación unilateral del contrato desde los Criterio funcional, criterio de las prerrogativas públicas, criterio teleológico

Las cláusulas excepcionales de caducidad y terminación unilateral en el Contrato estatal, como poderes superiores que otorga el legislador a la Administración Pública, tienen una característica similar y es la de poner fin al negocio jurídico de manera unilateral, dichas facultades deben entenderse como manifestación de los criterios funcional, de autotutela o criterio de las prerrogativas públicas y el criterio teleológico de las entidades estatales en el ejercicio de su función administrativa.

Ahora bien, la terminación unilateral del contrato se da por circunstancias expresamente enunciadas en el Artículo 17 del Estatuto General de Contratación, las cuales son,

1) cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga, 2) por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista, 3) por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista y 4) por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

La caducidad por su parte, de conformidad como lo establece el artículo 18 de la Ley 80 de 1993,

Es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En razón a lo anterior, es importante analizar los criterios con los que actúa la administración pública para proteger sus intereses y los de la comunidad que representa, en primera medida estas facultades dadas a las entidades públicas, se encuentran amparadas en el criterio funcional, que establece que estos poderes están en cabeza de las entidades estatales, porque son ellas quienes desempeñan la función administrativa y garantizan la prestación eficiente de servicios públicos o la provisión de bienes que sean necesarios para la asistencia de los mismos, desde el criterio teleológico, es decir el criterio de los fines, se dice entonces que estas dos cláusulas excepcionales se convierten en una herramienta del Estado para garantizar el cumplimiento de los cometidos estatales, es decir, de los fines esenciales establecidos en la Carta Constitucional, pues, en el momento de que dichos fines no estén siendo alcanzados por causas ajenas a la administración, puede hacer uso de sus facultades legales o poderes de exorbitancia a través de las cláusulas mencionadas, para proteger los intereses generales, por encima de los particulares.

Al respecto, el autor León Duguit (como se citó en Monereo y Calvo, 2005) menciona que existe una Política de contenido social, emanada del Estado Social de Derecho, la cual debe estar orientada hacia una cimentación histórica y realista, pero volcados hacia el ideal y las exigencias éticas, pues indica que,

El Estado surge idealmente de la decisión consciente de establecer un medio idóneo al servicio de la realización de los fines de la vida humana y, ante todo, para la garantía de la libertad. De ahí que el Estado sea constitutivamente un Estado servicial, de servicio público a los ciudadanos. (Monereo y Calvo, 2005)

Lo que se conoció como solidarismo, cuya ideología era la de introducir una lógica pública de acción encaminada a mantener la cohesión y la paz social.

Esta ideología de Duguit, lleva a entender que la naturaleza de la aplicación de dichos poderes exorbitantes por parte del Estado, no tiene otro fin diferente al de preservar los fines sociales de la vida en comunidad y por tanto garantizar la libertad de ejercicio de los derechos de sus individuos administrados, siendo el principal objetivo la protección del interés general, sin que exista otro motivo diferente para romper con el equilibrio contractual que el de preservar y salvaguardar los intereses generales de la comunidad.

Por último, se encuentra el criterio de las prerrogativas públicas, o también conocido como la autotutela administrativa, que hace referencia a la oportunidad de actuar que tiene la Administración Pública, sin necesidad de acudir a instancias judiciales, dentro de los límites establecidos en el ordenamiento jurídico. Al respecto, Fernández (2015), ha indicado que,

Toda la actividad de la administración pública es acción jurídica autónoma concretada en decisiones ejecutorias y ejecución administrativa, por tanto, todas las decisiones de la administración son ejecutorias por sí mismas y la administración tiene el derecho de llevar hasta el fin las operaciones legales que emprende en virtud de sus decisiones y de la ejecución forzosa de la misma.

Existen varios autores que definen el criterio de las prerrogativas públicas como unilaterales de la administración contratante, enmarcadas dentro de sus competencias, para la

adecuada ejecución de los servicios públicos, al respecto Pequignot (como se citó en Benavides, 2008) indicando que,

En los contratos administrativos, la Administración goza de un derecho de control, incluso de un derecho de dirección sobre su contratista. Se puede apreciar que se trata de un derecho derivado de la idea del servicio público, más que de una idea contractual. El derecho de la Administración va más allá del simple derecho de un contratante ordinario a obtener la prestación inscrita en su contrato porque aquí, si dos intereses se enfrentan, uno de ellos es el interés público, interés que solo la Administración busca y que, siendo prevalente sobre los intereses privados, le confiere poderes exorbitantes sobre su contratista.

En razón al anterior el mismo autor, aclara que “las prerrogativas de la Administración no reflejan una situación de preponderancia de una parte contractual dentro del contrato, sino la persistencia de prerrogativas públicas ajenas a este que se proyectan sobre él” (Benavidez, 2008), indicando que estas se vinculan como tal al servicio público y no al contrato específico. Señala que,

No son así una expresión de poderes contractuales, sino la concreción de prerrogativas públicas que se manifiestan en el contrato. La diferencia no es terminológica, sino profundamente sustancial. Si el fundamento de las prerrogativas es el buen funcionamiento del servicio público, su concreción, alcance, funcionamiento y límites están determinados por el mismo servicio público y no por la dinámica contractual, que no puede limitar su alcance. El servicio público es así el catalizador absoluto del contrato administrativo. (Benavides, 2018)

En virtud de lo anterior, las cláusulas excepcionales de caducidad y terminación unilateral, son prerrogativas que tiene la administración pública para actuar de manera autónoma, es decir dichas garantías legales evitan que se deba acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, retrasando las funciones del Estado, en casos por ejemplo de incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de un contratista, o de necesidad por situaciones de orden público, entre otros, pues se constituyen en una herramienta de la entidad para tomar decisiones y ejecutarlas independientemente, en procura del interés general y respetando el criterio teleológico anteriormente descrito.

Al respecto, Londoño García (2022), enfatiza sobre la importancia del doctrinante Maurice Hauriou (1927), respecto del concepto de prerrogativas públicas, el mismo establece que “el servicio público es la obra que debe realizar la administración pública, las prerrogativas públicas constituyen el medio para su realización”.

Lo anterior, resalta la importancia de la autonomía de la voluntad, y el poder que tiene la facultad decisoria de la entidad estatal, para que una decisión tomada por acto administrativo motivado debidamente, tenga fuerza de ejecutoria, y surta efectos jurídicos, una vez se encuentre debidamente notificada (Hauriou, como se citó en Londoño García, 2022, p.431)

Esta fuerza de ejecutoria que tienen las entidades estatales en la relación contractual, indica Hauriou (como se citó en Londoño García, 2022), se deriva de la competencia que para ello tienen las entidades, pues poseen el poder Ejecutivo, de tomar decisiones, convertirlas en ejecutorias, y además de ejecutarlas por sus propios medios, por tanto, para el autor las prerrogativas públicas parten desde el momento en que el ejecutivo tiene la potestad de tomar decisiones hasta la facultad que tiene de hacerlas valer por sí mismas.

No obstante, cabe resaltar que las facultades de exorbitancia otorgadas a las entidades estatales en la relación negocial, están limitadas en oportunidad y garantía del debido proceso, pues, se debe ofrecer a la parte débil de la relación (contratista), el cumplimiento de los procedimientos y garantía de los procesos que acarrea la aplicación de una cláusula excepcional mediante acto administrativo que deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho que motivan la decisión, pues al ser éstas un instrumento del Estado para garantizar los fines esenciales, deben ser aplicadas en garantía de los derechos fundamentales de los contratistas.

Al respecto el profesor Hauriou, ha indicado que “las determinaciones están regladas con bastante minuciosidad en lo que respecta a sus procedimientos y a sus efectos, a fin de que su ejecución no dé lugar a que se cometan abusos de poder” (Hauriou, como se citó en Londoño García, 2022, p.432).

Se puede concluir entonces, que según el profesor Francés Maurice Hauriou (como se citó en Londoño García, 2022), dos situaciones fundamentales enmarcadas en las prerrogativas públicas,

Que las entidades estatales, que gozan de poderes y facultades exorbitantes, tienen el poder Ejecutivo, y por tanto, la capacidad y competencia para decidir de manera libre y voluntaria, situaciones en conflicto, en busca del interés general, por tanto, tienen el poder discrecional de tomarlas.

Dichas decisiones debidamente motivadas, la entidad tiene la facultad de convertirlas en ejecutorias y la posibilidad de hacerlas cumplir por sus propios medios, siempre y cuando las mismas respeten la oportunidad y estén bajo el principio y control de legalidad respectivo.

Por tal razón, se puede indicar que el criterio de prerrogativas públicas, debe ir ligado a los principios de legalidad, oportunidad y debido proceso, que garanticen la aplicación debida de dichas facultades y el respeto por los derechos fundamentales.

1.3.6 Tipos de liquidación del contrato estatal

De conformidad con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Estatuto General de Contratación Pública, la liquidación de un contrato estatal, es una etapa en dónde la entidad estatal y el contratista realizan las revisiones de la ejecución del objeto contractual y el cumplimiento de las obligaciones de cada una de las partes, efectúan los ajustes que consideren necesarios, y hacen el reconocimiento a que haya lugar de todas las especificaciones contractuales y el desarrollo de cada una de ellas.

El Concepto C-015 de 2023 de Colombia Compra Eficiente, define la liquidación como, El momento en el cual, una vez concluido el contrato estatal, las partes cruzan cuentas respecto de sus obligaciones, por tanto, su objetivo es determinar si pueden declararse a paz y salvo mutuo o si, por el contrario, existen aún obligaciones por cumplir, para acordar la forma en que deben ser cumplidas.

De igual forma en dicho concepto se ha mencionado que de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, existen tres tipos de liquidación: i) bilateral, ii) unilateral y iii) judicial.

La liquidación bilateral, es la primera opción de las partes del contrato estatal, se convierte en la regla general en esta etapa del contrato, pues es la que se efectúa de manera consensual por los sujetos contractuales, puede ser total o parcial y debe suscribirse el acta de liquidación de mutuo acuerdo, en el plazo estipulado en el contrato, o “dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la

expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga” (Art. 11, Ley 1150 de 2007).

La segunda, es una facultad que tiene la administración pública, dentro de sus prerrogativas de exorbitancia, y será,

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, se debe practicar dentro de los dos meses siguientes a cualquiera de las situaciones expuestas anteriormente. (Art. 11, Ley 1150 de 2007)

Finalmente, de conformidad con lo mencionado en el Concepto C-015 de 2023 de Colombia Compra Eficiente la liquidación judicial,

Es la realizada por el juez contencioso administrativo o un tribunal arbitral dentro de un proceso judicial de controversias contractuales y puede darse con ocasión de una demanda del interesado solicitando dicha liquidación y para ello existe un plazo máximo de 2 años contados a partir de los dos meses establecidos en la Ley para realizar la liquidación unilateral.

Concomitante a lo anterior, Expósito Vélez (2013) interpreta de manera clara el alcance discrecional posterior a un evento consagrado en la Ley para la aplicación de cláusulas excepcionales, como lo es la terminación unilateral,

Entonces, de acuerdo con lo anterior, las sanciones, inhabilidades y constituciones a que da lugar la declaratoria de caducidad y terminación unilateral del contrato permite a la entidad estatal contratante hacer efectiva la garantía de cumplimiento del contrato ante la compañía aseguradora. (Expósito, 2013, p.223)

Así mismo, La doctrina clásica y los antecedentes franceses sitúan estas cláusulas como mecanismos idóneos bajo la finalidad de prestación de servicios públicos. En esta perspectiva se dota a la administración de una superioridad jurídica en relación los contratistas, reconocido como prerrogativas de poder público y que es inherente por su condición de administración pública (Péquignot, 1945).

Finalmente, en referencia con los preceptos de la terminación unilateral por parte de las entidades públicas, Santofimio Gamboa (2017) bajo su perspectiva de *potestad sancionadora de la administración en materia de contratación estatal*, concluye que,

Tiene que ver con los contratos del Estado, esta es la regla dominante y principal de las relaciones entre la administración y el contratista, que tan solo se rompe, *por escrito mandato legal*, para la materialización de las cláusulas de excepción. (p.475)

En este punto, es importante aclarar que, en el caso de la terminación unilateral, como ya se expuso anteriormente, se declara cuando se cumplan algunos de los supuestos referidos en el Artículo 17 de la Ley 80 de 1993, por tanto, se concluye que la misma constituye una sanción o un ejercicio de la facultad sancionatoria del Estado cuando concurren las siguientes causas:

1. Por disolución de la persona jurídica del contratista.
2. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
3. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Por otra parte, constituye una prerrogativa en cabeza del Estado, cuando concurren las siguientes causales,

1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural.

Es importante realizar dicha diferenciación, pues en términos de la cláusula excepcional de terminación unilateral, esta tiene una doble connotación, por un lado como prerrogativa Estatal para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y por otro, como facultad o potestad sancionatoria del mismo, que se aplica a los contratistas que concurran en cualquiera de los supuestos ya citados, pues en tales eventos existe una responsabilidad directa del contratista, que conlleva a una sanción por parte de la entidad, siempre y cuando, se garantice la aplicación del debido proceso y el respeto por la garantías fundamentales.

CAPÍTULO 2. CONTROL ADMINISTRATIVO Y JURISDICCIONAL DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES DE CADUCIDAD Y TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

Como bien lo describe la doctrina especializada, el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares. (Corte Constitucional, 2009)

La relación negocial entre entidades o agentes de Estado y los particulares a través del contrato estatal mantiene una estricta sujeción al principio de igualdad en cada una de sus etapas. La excepción a esta sujeción se encuentra dispuesta en los mandatos legales del estatuto de contratación Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, como también en las atribuciones sancionatorias del Estado en la prevención o conservación de los intereses públicos.

La connotación de cláusulas excepcionales dispuestas a partir de la Ley 80 de 1993, o desde la vertiente francesa como exorbitantes, se constituyen como las herramientas legales que disponen las administraciones para lograr la prevalencia de los intereses generales de los administrados en los contratos, siendo capaces de generar una ruptura a la conmutatividad de la

relación contractual y teniendo la capacidad de permitir diferentes acciones de carácter sancionatorio como garantía de prevalencia de los intereses comunes antes mencionados.

El interés público implícito en la contratación estatal afecta de tal manera este instituto jurídico que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas (...) Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la prominencia de la posición estatal. (C-400 de 1999)

En ese sentido, es importante mencionar que el régimen sancionatorio se adapta a la función unilateral de las acciones de los agentes del Estado, generando sanciones por incumplimiento dentro de la connotación de espectro de control administrativo estatal, bajo actos cobijados con presunción de legalidad por parte de quien los imparte, pues se asume que la entidad estatal expide dichos actos administrativos respetando las garantías constitucionales de cada una de las partes de un contrato estatal, en cumplimiento al ordenamiento jurídico, al respecto la Sección Tercera de Sala de lo Contencioso Administrativo resalta que,

Como es bien sabido, la presunción de legalidad, legitimidad, validez, ejecutividad o de “justicia” de que están dotados los actos administrativos y que le da plena eficacia y obligatoriedad a esta manifestación de la actividad de la Administración, supone que todo acto administrativo está conforme al ordenamiento jurídico superior. (CP. Ruth Correa - Sentencia 1995-00424-01(16503), 2007)

En razón a lo anterior, es importante resaltar que la principal característica de la presunción de legalidad es la de dotar de fuerza de ejecutoria el acto administrativo, permitiéndole a la Administración Pública su exigencia inmediata, sin que para ello medie autorizaciones adicionales de otras autoridades, pues en el momento de que todos los elementos

que le dan existencia y validez a dicho acto administrativo se constituyan, este genera los efectos jurídicos generales o particulares dispuestos en su parte resolutoria, por tal razón esta presunción que tiene su sustento en la Ley 1437 de 2011, lo que genera es la inmediatez del cumplimiento de la decisión tomada por los agentes estatales.

El presente capítulo abordará la caducidad y la terminación unilateral como herramientas de acción normativa, enmarcadas en el ejercicio potestativo sancionatorio y administrativo de los agentes que cumplen función pública. El mismo establecerá cuales son los medios administrativos para su expedición, como también los criterios emanados en la acción jurisdiccional frente a las controversias que emerjan de la expedición de estos actos administrativos.

Concomitante a esto, se identifica los diferentes criterios dispuestos para el control administrativo y judicial de las cláusulas de caducidad y terminación unilateral, siendo estas ampliamente definidas por la doctrina como las más concurridas en las relaciones contractuales del Estado, representa un alcance investigativo para el presente apartado, con el ánimo de generar un estudio crítico que inste a la reflexión de la eficacia de las mismas y los posibles rezagos existentes bajo los preceptos del interés público.

2.1 CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES DE CADUCIDAD Y TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

2.1.1 Acto administrativo en el sistema jurídico colombiano

Delimitar el ejercicio del poder en una sola atribución por parte del Estado y de sus agentes, no basta para abarcar la caracterización de acto administrativo y su importancia frente al régimen jurídico público en Colombia. Para ello, es importante tener en cuenta en su estricto

sentido, su estructura, concepto, modalidades y finalidad, en aras de evidenciar su importancia en la consolidación del estado social y democrático de derecho.

En esta línea, la Corte Constitucional en sentencia C-542 de 2005 establece que, el acto administrativo representa el modo de actuar ordinario de la administración y se exterioriza por medio de declaraciones unilaterales, orientadas a crear situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas, o bien, orientadas a crear situaciones concretas que reconocen derechos o imponen obligaciones a determinados administrados (Sentencia C-542 de 2005).

En ese sentido, es importante partir de la noción o concepto de acto administrativo como manifestación pura de la fuerza del Estado y del poder legítimo-legal, enmarcado en el sistema de normas que en conjunto permiten fortalecer los procesos asociados a administración pública, en cumplimiento con los fines constitucionales bajo la presunción de legalidad que es inherente a cada actuación, y en el caso específico del presente estudio, los relacionados o emanados del contrato estatal.

Al respecto, el criterio de Vidal Perdomo (2019) en referencia a la legalidad de cada actuación por parte de un agente del Estado se puede concebir como una limitación al poder del mismo y como una manifestación clara y ejemplar de la “constitucionalización del derecho”.

En el derecho moderno se considera que la actividad de la administración debe estar permanentemente sujeta al ordenamiento jurídico, esto es, que las normas que ella expida y los actos que realice no vayan en contra de las reglas jurídicas superiores. Este fenómeno político-jurídico se conoce con el nombre de “principio de legalidad” y esta última palabra que lo define se toma no en el sentido específico del acto del parlamento o del congreso, sino de acto jurídico cuyo cumplimiento se impone a la autoridad administrativa, cualquiera que sea su autor. La consecuencia que se deriva de la

existencia de ese principio es la de que la violación del orden jurídico por un acto de la administración puede dar lugar a su anulación por el juez que ejerce el control legal.

(Vidal Perdomo, 2019, p.645)

Otros autores como Lafont Pianeta, precisan que un acto jurídico constituye un acto administrativo, cuando exista una declaración unilateral, se expida en el ejercicio de una función administrativa, ya sea por parte de una autoridad estatal o particulares con expresa autorización legal y la misma produzca por sí sola efectos jurídicos sobre el asunto o situación jurídica vinculante. Al respecto resalta la Sección Primera del Consejo de Estado que:

El sistema colombiano no exige formalidades determinadas para la conformación del acto administrativo, de tal manera que puede ser verbal, escrito y hasta simbólico. Lo único importante es que reúna los requisitos esenciales que la doctrina y la jurisprudencia le han venido indicando, esto es que sea una declaración de la voluntad administrativa con consecuencias jurídicas. (Sentencia No. 00583-01, CP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, 2008)

Ahora bien, en referencia a la estructura que dispone la Ley para la expedición de los actos administrativos en Colombia, se encuentra que es de gran importancia delimitar los sujetos a los cuales va dirigido. En ella, se encuentra el sujeto activo, sujeto pasivo y eventualmente el ministerio público.

El sujeto activo es sin dudas el más importante de ellos, es según la doctrina y la Ley el “depositario” de la competencia para su expedición, entendido como el órgano o agente del Estado, acreditado por los presupuestos de Ley. Estas funciones otorgadas pueden estar encaminadas a la creación, modificación o extinción de hechos jurídicos hacia los administrados.

Al respecto, el Consejo de Estado en su sección tercera, Sentencia No. 17001-23-31-000-2004-01043-02(1563-10), establece que,

De la postura de la Corte Constitucional se infiere que la existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión. De manera que el acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la administración y en sí mismo, lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición” (Consejo de Estado, sección tercera).

Este criterio infiere que, dentro de la connotación de acto administrativo y su expedición, el actor dotado de carga legal en todos los casos será el Estado o uno de sus agentes, salvo los casos en los que particulares ejerzan funciones administrativas, preceptuando lo establecido en la Constitución Política de 1991 en su artículo 201 y la Ley 1437 de 2011 en su artículo segundo.

Esto permite hacer una reflexión alrededor de que la validez de los actos administrativos, parte del principio de legalidad frente a las competencias de agentes de derecho público o particulares que ejerzan funciones públicas, teniendo relación directa con la competencia taxativamente establecida para ellos y su manifestación de voluntad en la fiel consecución de los fines constitucionales del Estado.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha indicado, que la competencia como elemento de validez del acto administrativo, se puede definir desde un punto de vista activo y uno pasivo, el primero, como la aptitud o autorización que tiene toda autoridad administrativa para ejercer las funciones y potestad que se le ha encomendado, sólo dentro de las circunstancias objetivas y

subjetivas señaladas en la Constitución, la Ley o el reglamento, respetando las garantías de los administrados y su debido proceso; y desde el punto de vista pasivo como el conjunto de asuntos que a toda autoridad pública le está atribuido por la Constitución, la Ley o el reglamento, para que actúe o provea en orden a la atención de los mismos, es decir aquellos temas sobre los cuales la autoridad debe manifestarse en desarrollo de la función pública que ejerce, sobre los cuales recae su deber (Sentencia 2007-00345-01, CP. Marco Velilla, 2012).

Es entonces, la competencia, un límite al “*Ius Puniendi*”, especialmente al ejercicio de las funciones públicas, que surge del Estado de Derecho, específicamente del principio de legalidad, siendo esta, una garante del respeto de los derechos y garantías de los administrados y una clara connotación de responsabilidad de las autoridades que expiden actos administrativos, en el ejercicio de las funciones públicas que desempeñan como servidores públicos o particulares dotados de dichas potestades.

Seguidamente, encontramos al sujeto pasivo; este se constituye como la persona natural o jurídica sobre la cual recaen los efectos emergidos de la expedición de un acto administrativo. Alberto Santofimio (2017) en el Compendio de Derecho Administrativo establece que puede ser una persona nacional o extranjera, natural o jurídica, de derecho público o privado, incluso de una misma administración cuando se trate de actos tipificados como contratos o convenios inter administrativos (Santofimio Gamboa, 2017).

Esa denotación de sujeto pasivo, puede concebirse como la persona a la cual se le traslada la exteriorización de esas asignaciones dadas de personas con funciones administrativas, la cual a través de la manifestación de la voluntad impone unilateral y bilateralmente efectos jurídicos a través de ese acto.

Es importante para el sujeto pasivo, que se encuentre debidamente informado sobre las decisiones tomadas por la autoridad administrativa, en función de las cuales recae el efecto que se le impone, o de ejercer los derechos que le son otorgados, por ello, la carga del debido proceso de notificación, comunicación o publicación de los actos administrativos recaen sobre la entidad estatal que los emite, garantizando la efectividad de sus decisiones y el respeto al debido proceso.

Finalmente, es importante mencionar al ministerio público, cuando eventualmente se hace necesario su intervención por la carga constitucional, impidiendo que se establezcan actos o hechos lesivos a la Ley, garantizando los intereses supremos de la sociedad y la carga de legalidad de cada actuación pública, siendo esta última descrita por el autor Fernández Bulté (2003) como,

Un principio de la vida sociopolítica que consiste en la subordinación de toda la vida social, política y administrativa al imperio de la Ley que debe derivar de la voluntad soberana y mayoritaria de la población y a cuya regulación debe subordinarse el Estado en su ejercicio del poder, las organizaciones sociales y políticas y la ciudadanía.

En referencia a la finalidad, es importante mencionar que el acto administrativo se constituye como una construcción legal para cumplir un interés general y particular, en donde, a pesar de disponerse con una vocación particular o general, obedece al mandato legal dispuesto a cada agente, para dar un cabal cumplimiento a los intereses enmarcados en el Estado de derecho.

2.1.2 Acto administrativo particular y sus características

El acto administrativo por esencia se debe a la extensión al criterio legal de cohorte constitucional del cumplimiento de un fin de garantía de un interés general, predominante en un

Estado Social de Derecho. Para ello, dispone de manifestaciones legales que se distribuyen a través del acto administrativo particular.

Autores como Santofimio Gamboa, lo definen como “manifestación de voluntad con fuerza ejecutiva” de gran relevancia por la influencia francesa, expresión que, si cumple con los procedimientos enmarcados en la Ley para exteriorizar y aplicar, tiene validez en el sistema jurídico. Es entonces, como el tratado de derecho administrativo, Santofimio Gamboa (1986) lo define de la siguiente manera,

Es la proyección al exterior del órgano de las elaboraciones producidas dentro del mismo; es conocida también como la etapa de la declaración de voluntad. La decisión adoptada por quien ejerce funciones administrativas –voluntad- no produce por sí sola los efectos que la administración espera; se hace indispensable que aquel fenómeno interior se exteriorice, para lo cual se necesita acudir a procedimientos externos que lo hagan conocer, los cuales no pueden ser otros que los tendientes a producir verdaderas declaraciones, las cuales una vez realizadas convierten el “pre-acto” en acto, es decir, le imprime la fuerza relevante, suficiente para producir los efectos jurídicos esperados.

(p.147)

Así mismo, el Consejo de Estado ha precisado que la orientación del acto de contenido particular se sitúa en la vocación de modificar situaciones jurídicas, las cuales no se pueden concebir como universales, homogéneas o llanas. Al contrario, se mantiene en la necesidad del agente que lo expide, para concretar los objetivos dispuestos en sus competencias y asignaciones de Ley. El Consejo de Estado, en expediente núm. 2011-00271-00, define,

La diferencia entre los actos de contenido particular y general depende del grado de indeterminación que tengan los sujetos destinatarios del mismo, como lo ha precisado

esta Sala: ‘Para diferenciar un acto administrativo general de uno particular es necesario tener presente los siguientes aspectos: El acto administrativo se entiende, entre otras perspectivas, como una decisión adoptada o expedida en función administrativa a través de la cual la autoridad crea, modifica o extingue una posición de una persona o conjunto de personas determinadas o indeterminadas frente a una norma de derecho (situación jurídica). El acto singular o particular no necesariamente tiene un destinatario único, por cuanto puede ir dirigido tanto a una persona como a un grupo determinado de personas; en tanto que el acto general se expide siempre para un grupo indeterminado de personas a quienes se les crea, modifica o extingue una situación jurídica, dependiendo de las conductas o roles que ellas mismas asuman. (Consejo de Estado, Expediente No.2011-00271-00)

Este punto de análisis, da pie a la interpretación del criterio de las prerrogativas públicas, adherido expresamente a la importancia de las autoridades y trasladada a la función del agente para cristalizar los objetivos legales como ejercicio de delegación y desconcentración. Las dispuestas prerrogativas de poder público las ubica la doctrina como “facultades que colocan a la administración en una situación de supremacía y al particular de sujeción a la potestad siempre y en la medida que se encuentren establecidas y tasadas en forma expresa por la Ley” (Cassagne, 2017, p.4).

Es importante precisar que el criterio de las prerrogativas se debe abordar, ya que se considera según la doctrina que la naturaleza o esencia de los actos administrativos de origen particular o general, obedecen enteramente a una manifestación del Estado y sus agentes dispuesta a cristalizar objetivos constitucionales y/o actividades administrativas, adheridas expresamente al ejercicio de poder político.

En el ámbito contractual, la aplicación de las prerrogativas públicas es entendida como aquellas potestades o privilegios que el ordenamiento jurídico le otorga a las autoridades administrativas, como parte dominante de la relación contractual, únicamente con el fin de que dentro de sus competencias y funciones garanticen la efectiva prestación de bienes y servicios en función de los intereses generales de los administrados, protegiendo el interés común.

Este criterio, como posición privilegiada de la Administración Pública, va en concordancia con la presunción de legalidad de los actos administrativos, cuyo efecto es de revertir de validez jurídica su contenido, al asumir que se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico, y por ende, que deben ser acatados de manera inmediata, sin perjuicio de poder ser discutidos por la vía administrativa y judicial, siendo por tanto, una expresión de la potestad de autotutela de la Administración Pública, la cual posee únicamente para la protección del interés público.

En razón a ello, es primordial resaltar que dicha presunción se relaciona directamente con la eficacia que tienen los actos administrativos expedidos por las autoridades estatales, y para ello, el Consejo de Estado retoma la doctrina de Luis Enrique Berrocal Guerrero, descrita en el Manual del Acto Administrativo, en dónde define la eficacia de los actos administrativos, como,

La aptitud jurídica que adquiere el acto administrativo para legitimar toda actividad formal o práctica que se adelante para su cumplimiento, sea por parte de quien lo expidió o del interesado o beneficiado por él. Esa aptitud resulta de una serie de condiciones o supuestos inherentes y posteriores a su nacimiento, tales como la presunción de legalidad o de legitimidad, la publicidad y la firmeza del mismo. (C.P. Stella Eannette Carvajal Basto)

Desde una óptica de la contratación pública, la expedición de actos administrativos de origen particular, infieren el uso de la categoría de servidor público. Esta es entendida como la atribución otorgada por la Ley que involucra a una persona para efectos de responder tanto fiscal, disciplinaria, civil y penalmente, ya que asumen bajo su asignación los intereses de los asociados frente a la administración de los recursos públicos, con el sustento de los mecanismos atenuantes de la delegación y la desconcentración administrativa (Matellana, 2015).

En esta línea, el presente abordaje de investigación ocupa el análisis del control administrativo y jurisdiccional de las cláusulas excepcionales de terminación unilateral y caducidad, frente a lo cual es imperante abordar este precepto estrechamente ligado al principio de legalidad.

Por tanto, al entender que la función administrativa y las actividades administrativas son ejercidas por un agente dispuesto misional y legalmente para tal fin, implícitamente se configura la responsabilidad de este último, acatando las prerrogativas de poder para lo cual es encargado. Este poder no es absoluto, ya que en este punto se denota que la autonomía de la voluntad del Estado a través del agente, debe cumplir con los límites dispuestos constitucionalmente para evitar posibles acciones lesivas que den pie a perjuicios de índole patrimonial o extrapatrimonial de responsabilidad del Estado.

En este sentido, la facultad atribuida por la Ley a los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, frente a la expedición de actos administrativos particulares presupone un análisis de cómo debe centrarse las actuaciones para no transgredir los intereses particulares, abordando bajo sus disposiciones los preceptos de presunción de legalidad de las actuaciones públicas, pero atendiendo al cumplimiento de sus prerrogativas de origen público. Esa actuación dispuesta por la Ley juega un papel muy importante frente a los

sobrevinientes hechos que emergen de la misma. En líneas de régimen sancionatorio, por ejemplo, en primer lugar, se debe anotar que la declaratoria de sanciones origina consecuencias negativas legales a los particulares afectados por estas decisiones.

Por otra parte, la sujeción de responsabilidades asignadas al servidor público establece que el funcionario antes de declarar la caducidad o terminación unilateral, debe evitar que esta misma no resulte sorpresiva e intempestiva y que la posición dominante de la administración a su cargo, esté a su vez dotada de las garantías del debido proceso y que se comuniquen oportunamente las razones que según el juicio de la entidad configuran un incumplimiento directo de las obligaciones.

Al respecto el autor Ospina (2010), establece que “tanto los particulares como las autoridades públicas, a través de los servidores públicos que la encarnan, están obligados a actuar de conformidad con los dictados del principio general de la buena fe, esto es, con lealtad, transparencia y honestidad”, siendo un deber en la expedición y ejecución de actos jurídicos que emana, que garanticen el disfrute de derechos, cumplimiento de obligaciones y adecuado ejercicio de las potestades o prerrogativas otorgadas, por tanto, como se ha manifestado anteriormente, la actuación de mala fe de los agentes del Estado puede conllevar a sanciones administrativas en favor de los terceros afectados y en menoscabo del erario público y por ende, del interés público.

2.1.3 Elementos de existencia y validez de los actos administrativos particulares

Diversos tratadistas han coincidido en que la existencia y validez del acto administrativo dependen exclusivamente del cumplimiento de las exhortaciones legales ubicadas en el sistema jurídico y de la composición de cumplirlas a cabalidad para evitar consecuencias de “No acto”

cuando no se cumplen los criterios esenciales y “nulidad” cuando no se cumplen los elementos de validez (Arias, 2013).

Corresponde a todo acto jurídico tener elementos esenciales y no esenciales; la falta de los primeros dará lugar a la inexistencia jurídica del acto; la de los segundos sólo a su invalidez jurídica. El acto administrativo tiene los propios, y diferentes de los del acto jurídico civil en número y contenido. Son elementos esenciales del acto administrativo: a) sujeto, b) voluntad, c) objeto, d) motivo y e) fin; no esencial o de validez la forma, aunque a veces ésta es de existencia. (Nava Negrete, 2011, p.354)

Este criterio doctrinal emana de las diferentes interpretaciones y remisiones al derecho civil, la ausencia de estos preceptos incluidos en el ordenamiento jurídico, pueden afectar la legalidad de los actos administrativos en cualquiera de sus modalidades. Así mismo, delimitar como lo establece Santofimio Gamboa (2011) el objeto, la finalidad, los motivos y la oportunidad, es una exhortación dispuesta al agente que tiene a su cargo la expedición y la motivación para que no se vicie y sobre él recaigan consecuencias disciplinarias y fiscales.

La Corte Constitucional en Sentencia No. C-069/95, establece que los criterios de existencia del acto administrativo se estipulan de la siguiente manera:

La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada,

claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual. (Sentencia, C-069/95)

Al mismo tiempo, la alta corporación en misma sentencia definió la validez como:

El Consejo de Estado ha expresado su criterio en reiteradas oportunidades en cuanto que el acto administrativo existe desde que se expide, y su eficacia está condicionada a su publicación o notificación. A juicio de la Corte Constitucional es aceptable el criterio mencionado, según el cual los actos administrativos existen desde el momento en que se profieren, y su validez y eficacia están condicionadas a la publicación o notificación, según se trate de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, o de un acto de carácter particular, personal y concreto. (Sentencia, C-069/95)

Al respecto, se puede concluir que el cumplimiento de los requisitos legales permite que el acto administrativo sea válido y eficaz. Cuando se da una aplicación de los elementos dispuestos normativamente, junto con el agotamiento de los recursos para dotarlo de firmeza y ejecutoriedad hacia las personas a las cuales va dirigido, este acto administrativo cumple a cabalidad con los lineamientos expuestos por las Constitución Política de 1991 y los fines establecidos en el marco del Estado Social de Derecho.

Al respecto el Consejo de Estado, en Sentencia 01017 de 2019, Sección Segunda, define los requisitos de validez del Acto Administrativo como,

En ese sentido, es un criterio uniformemente aceptado en el derecho administrativo que para la validez del acto se tienen como requisitos que haya sido expedido por autoridad competente, de conformidad con la Constitución y el ordenamiento jurídico vigente, que su expedición sea regular y que se observen los

motivos y los fines desde el punto de vista de su licitud. (Consejo de Estado, Sentencia 01017).

En conclusión, respecto a la validez del acto jurídico se puede concluir que son 5 sus elementos, los cuales son: La competencia del órgano que los expide, el objeto o razón de ser del acto, la voluntad de expresión de la Administración, la motivación y el procedimiento.

2.1.4 Actos administrativos derivados de las cláusulas excepcionales

Los actos administrativos asociados a las cláusulas excepcionales son por regla general de contenido particular. Esto debido principalmente a que emergen de la facultad de exorbitancia de la Administración Pública, en la cual se busca la garantía y la prevalencia del interés general por actuaciones particulares que pueden ser lesivas para la efectiva prestación de un servicio público.

El principio de la autonomía de la voluntad se identifica generalmente con la concepción del Código Civil napoleónico de 1804. Sin embargo, no fue enunciado sino al final del siglo XIX, y corresponde en realidad a una reacción frente al decaimiento del individualismo. (Osorio, 2013)

La Ley colombiana en este sentido, ha posibilitado a través de esas cláusulas excepcionales o –antiguamente llamadas exorbitantes-, la capacidad de los agentes, quienes a través del ejercicio de sus competencias, puedan generar una prevalencia integral de los recursos de origen público bajo la óptica de los contratos con la administración pública.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, ha considerado que las decisiones unilaterales que las entidades pueden tomar en el ámbito de la ejecución de los contratos estatales, dentro del marco de la Ley 80 de 1993, se puede describir cómo,

Para la mayoría de la Sala los poderes excepcionales o tradicionalmente conocidos también como exorbitantes –en cuanto exceden la órbita que integra el marco dentro del cual se desarrollan los contratos que, en pie de igualdad jurídica, celebran los particulares entre sí, de conformidad con la teoría general de los contratos–, corresponden a la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes –en la esfera de los contratos de derecho público– para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública, a la cual le corresponde velar por el interés general cuya satisfacción se encuentra inmersa en la celebración y consiguiente ejecución de cada contrato estatal. (Sentencia 200900034 00, CP. Martín Bermúdez Muñoz, 2019)

Al partir de una relación jurídico comercial entre particulares y una entidad del Estado, el marco normativo que antecede la vinculación jurídica, está precedida por una serie de etapas dispuestas taxativamente, que procuran prevenir eventos sobrevinientes asociados al incumplimiento de una labor encomendada. Estas se encuentran enunciadas en la Ley 80 de 1993 y los Decretos complementarios, denominados por la doctrina como etapas precontractuales.

En la etapa pre contractual, la norma permite que se establezcan a través de los pliegos lineamientos y garantías dentro de las propuestas, que garanticen el efectivo cumplimiento del objeto. Ambos extremos negociales (el contratista y la entidad) acepta tácita e implícitamente los requerimientos ahí consignados una vez suscrito el contrato estatal, con el ánimo de que se perfeccionen los dos elementos más importantes del contrato, siendo por regla general el acuerdo de voluntades y que se eleve a escrito.

A pesar de que existen estas disposiciones adaptadas e incluidas en los pliegos de condiciones siendo parámetros o reglas en la relación jurídico contractual, los eventos sobrevinientes son comunes debido a múltiples factores, siendo necesaria en algunos casos la motivación y el uso de estas cláusulas excepcionales de origen legal.

En relación a las cláusulas excepcionales de carácter sancionatorio, es importante resaltar que al expedir dichos actos administrativos mediante los cuales se ejercen las facultades sancionatorias del Estado, a través de sus agentes, se debe verificar que las cláusulas excepcionales pactadas dentro de los contratos estatales, estén legalmente permitidas, pues es de anotar que no todos los tipos de contratos estatales admiten la incorporación de dichos postulados exorbitantes; pues, carecerá de nulidad absoluta todo acto administrativo sancionatorio expedido bajo el ejercicio de potestades no permitidas, en violación al debido proceso o extemporáneos, todo ello, en busca de garantizar la protección a la parte débil de la relación negocial, es decir al contratista.

Sobre el asunto, ha indicado la Jurisprudencia del Consejo de estado, que se debe tener en cuenta que la razón de ser de estas garantías de los contratos estatales no es otra que la de garantizar el interés general y por medio de ello, preservar el patrimonio de las entidades públicas, que se ve directamente afectado por el incumplimiento de las obligaciones tanto por parte del contratista, como del contratante (Sentencia 200900034 00, CP. Martín Bermúdez Muñoz, 2019).

2.1.5 El control administrativo de las cláusulas excepcionales de caducidad y terminación unilateral

Al dotarse de presunción de legalidad todas las actuaciones emanadas de la función pública, las que establecen acciones administrativas dispuestas en el estatuto de contratación

como sancionatorias o administrativas, a través del poder excepcional de las entidades, deben mantener un criterio legal más rígido, ya que en algunas de ellas se involucran intereses de cohorte patrimonial y extra patrimonial frente a los agentes externos en la relación negocial.

En este sentido, tanto la caducidad como la terminación unilateral, responden a ese poder dispuesto por la Ley como prerrogativas del poder excepcional de los agentes del Estado. Para ellos, es necesario que cada una de estas actuaciones se encuentren sujetas a la expedición de actos administrativos de contenido individual.

En el caso de la caducidad, además de devenir el acto del desarrollo de una facultad sancionatoria unilateral, en el derecho colombiano encuentra sus fundamentos en el ejercicio de una de las cláusulas de excepción definidas taxativas por el legislador. Se trata de un típico acto contractual surgido del ejercicio igualmente autorizado de unilateralidad en los casos de la aplicación de las cláusulas de excepción. Están comprendidos todos aquellos actos producidos durante la ejecución del contrato estatal, que derivan su existencia de la ejecución de las cláusulas de excepción, obviamente incorporadas dentro de los contratos en los cuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993 y párrafo de la misma disposición, en concordancia con el 32 del mismo ordenamiento, es posible incluirlas sin violar el principio de legalidad. (Santofimio Gamboa, 2017, p.731)

En tal sentido, la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en el expediente No. 8385, CP. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, ha indicado que,

La declaratoria de caducidad de un contrato administrativo constituye en principio un acto reglado -ha dicho la Sala en reiteradas oportunidades- en el que como sucede ordinariamente, juegan también razones de oportunidad y conveniencia. En tal sentido,

cuando la administración se ve abocada a tomar la medida extrema de terminación unilateral, lo hace impulsada por razones de servicio público, y ante el fracaso de otras medidas de apremio o coercitivas que pueda tomar según la Ley. Con apoyo en la doctrina y a la luz de la equidad en el manejo de la actividad contractual.

Sobre lo anterior, es importante resaltar el criterio de excepcionalidad de dichas cláusulas, pues la misma institución reconoce que su aplicabilidad se debe efectuar como última medida, cuando no es posible garantizar por otros medios más expeditos el cumplimiento de los objetos contractuales establecidos, y buscando siempre la protección de los servicios e intereses públicos de los administrados, empleando los procedimientos que estén establecidos en la Ley, a fin de respetar las garantías constitucionales y el debido proceso al momento de emitir los actos administrativos que declaren las situaciones previstas en las cláusulas excepcionales, que afectan en primera medida las situaciones jurídicas del contratista y le otorga a la Administración Pública herramientas para solventar la situación generada.

Al otorgar la Ley el reconocimiento legal de potestades exorbitantes unilaterales a la administración, la expedición de actos debe caracterizarse por ser reglado, definitivo, expreso y presunto, con el fin de que esa presunción de legalidad emerja como defensa de un interés general. En este entendido la concepción de seguridad jurídica de la actuación del agente debe implícitamente dotarse de buena fe objetiva, en relación con un servicio público. El Consejo de Estado en su sección tercera dispone que,

Buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tienen sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad

de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados. (Consejo de Estado, 2012)

Siguiendo la línea del principio de legalidad y la presunción dentro de cada actuación, se puede establecer según los criterios de Santofimio Gamboa (2003) que en el Estado de Derecho lo concerniente al principio de legalidad se materializa mediante las diferentes manifestaciones de los órganos del poder público y que los mismo carecen de validez cuando no están sujetos a la Ley.

En síntesis, tanto los órganos administrativos como los funcionarios mismos, deben agotar cada uno de los presupuestos dispuestos en la Ley a la hora de fundamentar cada una de sus actuaciones. Así mismo, la emisión de los diferentes actos dispuestos por la Ley, deben llenar todos los requisitos y finalidades que se encuentran incluidos en el conglomerado normativo para garantizar un efectivo cumplimiento de sus competencias.

Relacionando lo anterior con las acciones administrativas emergidas de los presupuestos de caducidad y terminación unilateral, se puede delimitar que la terminación unilateral, por ejemplo, se considera como una potestad pública cuando se genere una exigencia, al momento en que un servicio público dispuesto y planificado se encuentre en riesgo de no cristalizarse o cuando se genere incertidumbre en su cumplimiento por causa de un contratista., el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, establece que,

Artículo 17. De la Terminación Unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos: 1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. 2. 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.) 3. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista. 4. 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. (Ley 80 de 1993)

Es de suma importancia aclarar que, el riesgo sometido en la etapa de planificación sobre cualquier hecho sobreviniente, exige que la administración contratante disponga de acciones inmediatas que procuren minimizar el impacto de esos riesgos y una de esas figuras dispuestas en la Ley y menos lesiva es la terminación unilateral del contrato.

Así mismo, en la terminación unilateral según criterios jurisprudenciales se requiere que entre varios aspectos se cumplan los siguientes: la existencia o materialización de la manifestación de la voluntad de la administración a través de la expedición de un acto administrativo, que este acto cumpla con los elementos adheridos a la validez, incluyendo la

motivación debida, real y coyuntural del contrato; y finalmente, que las causales invocadas se encuentren dispuestas taxativamente en la Ley para su aplicación.

Apoyando este criterio, Yong Serrano (2013) en sus estudios sobre el contrato estatal en el contexto de la nueva legislación, delimita las causales más concurrentes para la declaratoria de esa terminación unilateral.

La primera de ellas dispuesta como causal de servicio o de orden público. En esta se encuentran todos los hechos que generan rupturas entre los objetivos de prestar un servicio público y el mismo desarrollo del contrato. En este punto, se puede generar una ruptura de la conmutatividad del contrato, por fuerzas externas, internas o de fuerza mayor y caso fortuito que hacen imperante motivar la necesidad de terminarlo.

La segunda de ellas se ubica en circunstancias atribuibles al contratista. En este punto, se encuentran: la muerte de un contratista, la cual impide de manera directa la continuación del objeto a contratar, como también diferentes hechos que produzcan su incapacidad física. Esto dota de elementos a la administración para establecer una terminación, en procura de no afectar el desarrollo misional de prestar un servicio público a través del contrato estatal.

Así mismo, hechos consecuencia de la ruptura de la naturaleza jurídica del contratista, como liquidaciones, disolución de persona jurídica y fallos de procesos judiciales, dota a la entidad contratante a fundamentar una terminación unilateral, en aras de prevalecer el interés general.

Seguidamente, la capacidad económica es de vital importancia para la ejecución de un contrato estatal, ya que es la que garantiza el efectivo cumplimiento de los objetivos contractuales. Para ello, el agente público tiene a su cargo mantener la supervisión efectiva de cada ítem por cumplir del contrato, con el fin de identificar posibles condicionamientos de tipo

económico que requieran su intervención a través de un acto administrativo que establezca la terminación unilateral.

Finalmente, si un contratista por sus condiciones financieras entra en un proceso de concurso de acreedores o incurre en procesos de embargo por vía judicial, la administración puede establecer a través de esta causal medios para dar por terminado el contrato en su etapa de ejecución.

De conformidad con lo anterior, aunque es factible el establecimiento de dicha cláusula de terminación unilateral, que le permite a la entidad ejercer su supremacía contractual, esta posibilidad tiene sus límites, al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que se debe respetar los principios de buena fe, resaltando que,

Al respecto, la estipulación no podrá contrariar una norma imperativa, resultar abusiva, comportar el ejercicio de posición dominante contractual, abuso del derecho, vulneración de la confianza legítima, el acto propio (*venire contra factum proprium*) o la buena fe, o incluso comportar una conducta no ajustada al ordenamiento jurídico o al contenido de la estipulación de terminación unilateral valorada en el marco fáctico concreto de circunstancias, pues la misma puede devenir abusiva e ilegítima, o en las ad nutum, configurar ejercicio disfuncional, por ejemplo, para influir intencionalmente un daño, aspectos que en función de la justicia, imponen cuidadoso examen del marco de circunstancias fáctico por los jueces dentro de su autonomía hermenéutica y la discreta valoración de los elementos de convicción. (Expediente no. 1100131030121999-01957-01, MP. William Namén Vargas, 2011)

En igual sentido, el Consejo de Estado ha repetido en múltiples ocasiones que la cláusulas excepcionales de caducidad y terminación unilateral como poderes exorbitantes del

Estado, también tienen un límite temporal, pues, como su fin, es la protección de intereses generales y el cumplimiento de los objetos contractuales en el tiempo que los mismos sean requeridos para proveer los bienes y servicios públicos que los administrados requieran dentro del cumplimiento de sus fines estatales, no es posible que dichas cláusulas no posean límites temporales, pues no cumplirían con su objetivo de proteger de manera inmediata un bien o servicio que se dejó de proveer por parte de un contratista, al respecto sobre la caducidad en el contrato estatal, el Consejo de Estado resalta que,

En forma reiterada ha dicho el Consejo de Estado que la caducidad del contrato sólo es procedente cuando éste está vigente y no cuando el contrato ha terminado por vencimiento del plazo contractual o ante la terminación de la obra contratada. La finalidad de la cláusula de caducidad es precisamente dar por terminado el contrato.... Para referirse a la competencia temporal de la administración con respecto al ejercicio de los poderes exorbitantes, la Sala ha utilizado distintas expresiones tales como que los actos deben proferirse durante el plazo del contrato, o mientras el contrato no se haya vencido, o en vida del contrato, o antes de su vencimiento o fenecimiento. (Expediente No.10264, CP. Ricardo Hoyos Duque, 1999)

En relación a lo anterior, las cláusulas exorbitantes, deben respetar y garantizar el debido proceso, y por ello se mencionan una serie de procedimientos que deben surtirse antes de declarar la caducidad y la terminación unilateral, por parte de la entidad estatal, aquellos que hacen parte de los derechos que tienen las partes al momento de la suscripción de un contrato estatal, pues la garantía del derecho fundamental establecido en el artículo 29 constitucional, permite que se cumplan los fines esenciales del Estado, y por ende, que se salvaguarden los

intereses comunes, fin último de la aplicación de los poderes de exorbitancia por parte de las entidades estatales.

En el caso de la terminación unilateral, como lo establece el Consejo de Estado en la Sentencia No. 1999-00291-01(19483), Consejera Ponente Stella Conto Díaz, si bien la norma le da facultades exorbitantes para que dentro de su ejercicio pueda declarar la terminación unilateral, también le impone unos presupuestos de aplicación obligatoria y restringe los eventos en los cuales esta cláusula puede aplicarse, al respecto la corporación ha indicado que,

Efectivamente, para declarar la terminación unilateral se requiere i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la Ley ha dispuesto. Y en lo que tiene que ver con los eventos, el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 señala: 1) Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. 2) Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. 3) Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista. 4) Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. En los casos a que se refieren los numerales 2º y 3º del mencionado artículo 17, la entidad pública contratante podrá continuar la ejecución del contrato con el garante de la obligación. La misma norma autoriza a la entidad para disponer medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

En este punto, es importante analizar, que la discrecionalidad de la entidad estatal para declarar la terminación unilateral, dependerá de la causa invocada para la misma, pues casos como el de la muerte del contratista, son situaciones en las cuales la entidad estatal no tendría opciones ni poder discrecional para hacer uso de dichas facultades, ya que ante la imposibilidad de cumplir el objeto contractual, deberá declarar la terminación unilateral de manera obligatoria. No obstante, en casos como la incapacidad física de un contratista, dentro de su poder discrecional, la entidad estatal podrá valorar si dicha incapacidad es tan grave que afecte el cumplimiento del contrato, y sustentar de manera objetiva las razones que lo lleven a la decisión final, misma situación se presenta en las causales 1 y 4 establecida en el Artículo 17 referido anteriormente, en dónde la valoración de las pruebas y el poder discrecional de la entidad, si tienen un peso importante para la declaratoria de terminación unilateral.

En el caso de la caducidad, esta es declarada de igual forma por la entidad pública, mediante un acto administrativo debidamente motivado, el cual está antepuesto por una audiencia de carácter público, que de conformidad con la Ley 1474 de 2011 y Ley 1150 de 2007, establece que toda actuación de carácter sancionatorio, dentro de las cuales se encuentra la declaratoria de caducidad, debe efectuarse en el marco del debido proceso, respetando los derechos del contratista, lo cual implica que el tercero afectado (contratista), debe ser notificado debidamente del proceso que se adelanta por la entidad estatal para declarar la caducidad, las razones que lo fundamentan y los mecanismos de defensa que tiene a su disposición, como la solicitud y aporte de pruebas y la impugnación del acto administrativo mediante la interposición del recurso de reposición.

Todo ello, teniendo en cuenta que la caducidad, genera diferentes implicaciones graves para el contratista, dentro de las cuales se encuentran una serie de inhabilidades directas y

sobrevivientes, al respecto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo en Sentencia 02857-01(24697), consejero ponente Enrique Gil Botero, ha indicado que,

La declaratoria de caducidad tiene implicaciones graves para el contratista, entre ellas: no puede participar en nuevos procesos de selección de contratistas – inhabilidad-, debe renunciar a los contratos que tenga en ejecución –inhabilidad sobreviniente- y no tiene derecho a indemnización en el contrato caducado. Dicha previsión se encuentra establecida en el artículo 18 de la Ley 80 en los siguientes términos: “Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta Ley.” En el mismo sentido, el literal c) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratistas que dieron lugar a la declaratoria de caducidad administrativa quedan inhabilitados para participar en procesos de selección. (...) el contratista que da lugar a la declaratoria de caducidad se hace acreedor a una sanción que lo inhabilita para celebrar negocios jurídicos con la administración. El término es de 5 años, según lo establece el inciso segundo del literal i) del artículo 8 del estatuto contractual, que establece: “Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución...” Finalmente, la declaratoria de caducidad también es constitutiva del siniestro de incumplimiento, lo que autoriza a la entidad estatal para cobrar el importe de la garantía única constituida en su favor por el contratista.

Al respecto, también cabe resaltar que dentro de las garantías del debido proceso en relación a la caducidad, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha hecho énfasis especial sobre la temporalidad para su declaración, por tanto reitera que:

Sobre la oportunidad que tiene la administración para declarar la caducidad del contrato, esta Sección ha sostenido que de esta potestad concedida por la Ley a la entidad de derecho público sólo puede hacerse uso mientras esté vigente el contrato y no cuando el plazo haya vencido, ya que una de las limitaciones que afectan su ejercicio, es precisamente el elemento temporal para no configurar una incompetencia "ratione temporis". Esta posición se ha reiterado en distintas oportunidades pero siempre con la misma orientación en varias de sus sentencias. (Sentencia No.10264 de Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa – Sección tercera, 1999, CP. Ricardo Hoyos Duque)

Por tanto, en lo relacionado a la declaratoria de caducidad, es de vital importancia para la entidad territorial y el contratista, que se realice dentro de los tiempos de vigencia del contrato, durante la vida del mismo, antes de su vencimiento o fenecimiento, pues hasta ahí llegan las facultades exorbitantes de la entidad estatal, a excepción del caso en el que la declaratoria de caducidad sea obligatoria para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, motivo por el cual podrá expedirse dicho acto administrativo únicamente para atender y exigir la cláusula mencionada, al respecto el Consejo de Estado ha indicado que,

En sentencia del 29 de enero de 1988 (Expediente No.3615) se precisó la doctrina según la cual la administración no podía declarar unilateralmente el incumplimiento de un contrato administrativo de tracto sucesivo después de su vencimiento, dejando a salvo el evento en el que tal declaratoria se hiciera después de ese vencimiento como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. (Sentencia No.10264 de

Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa – Sección tercera, 1999, CP.

Ricardo Hoyos Duque)

2.1.6 Recursos contra los actos administrativos derivados de las cláusulas excepcionales

La Ley, la doctrina y la jurisprudencia han establecido unos canales para refutar las decisiones de tipo administrativo. Estos mecanismos se denominan recursos y en referencia a la expedición de actos administrativos de cohorte sancionatorio o aquellos que contienen decisiones que dentro de las facultades exorbitantes de la entidad como instrumentos de protección del interés general deben tomar las entidades, es importante establecer de qué medios disponen los contratistas y particulares para controvertirlas.

En términos normativos, se puede ubicar los recursos administrativos en la Ley 1437 de 2011, en su primera parte “Procedimiento Administrativo”, Capítulo VI, Recursos, a partir del Artículo 74, en dónde la norma establece los mecanismos de defensa que tienen los particulares o agentes externos para controvertir decisiones de entidades del Estado cuando se genera perjuicios o daños frente a su expedición.

Esté situado normativo se encuentra dispuesto a refutar cualquier manifestación administrativa, pero no aborda de manera directa los medios específicos para refutar una decisión sancionatoria amparada en las prerrogativas de origen público.

En primera medida es importante establecer que las cláusulas excepcionales deben ser dispuestas a través de un acto administrativo de carácter particular, donde como lo establece en apartes anteriores del presente documento, deben agotarse a través del cumplimiento de una serie de requisitos para consolidar una decisión cobijada por la presunción de legalidad de las actuaciones de Ley.

La jurisprudencia ha establecido que los medios reconocidos como impugnación son producto del ejercicio de contradicción a la que por nociones de Ley tienen los sujetos pasivos a los cuales van dirigidas las decisiones. Estos ejercicios de defensa (la reposición, la apelación, queja) como también los mecanismos de Control Administrativo de Revocatoria Directa y de extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, deben ser impulsados por el interesado.

Depende exclusivamente del sujeto pasivo (...) No se inicia por imperativo legal, sino por decisión unilateral del interesado que se considera afectado en sus derechos, y como una modalidad de resolución directa de conflictos entre las mismas partes involucradas en el acto administrativo. (Santofimio Gamboa, 1998, p.255)

Así mismo, es importante mencionar que algunos recursos, como el recurso de apelación establecido en el Artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, es en general presupuesto indispensable para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en caso de que sea procedente. Más aún, cuando se presupone la lesión, afectación o interrupción de una relación negocial en el marco de las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

Algunos autores, como Gustavo Cuello Iriarte, define los medios de impugnación en el derecho administrativo como,

Los mecanismos procesales consagrados en la Ley para que los interesados puedan obtener la revisión de ciertas decisiones administrativas por las autoridades que las expidieron o por su superior y éstas, a su vez, tengan la posibilidad de confirmar la veracidad de los mismos. (Cuello, 2004, p.3)

En referencia a la terminación unilateral y caducidad como potestad de cada entidad del Estado bajo la denominación de prerrogativas de origen público, se puede establecer que ambas proceden de una manifestación motivada frente a su decisión, siendo en algunos casos

discrecional por parte de la entidad. En este punto nace la necesidad de controvertidos a través de medios que ubica la Ley exclusivamente con el objetivo de discutir ante la misma entidad una decisión que para el sujeto pasivo tiene consecuencias negativas. “Se trata de poner en juego el control de legalidad en sede administrativa. Razón elemental para advertir a la administración de los posibles vicios que emanen de su decisión” (Betancourt, 1992).

Dentro de los recursos más comunes, empleados en la Administración Pública en casos de declaratoria de caducidad y terminación unilateral, encontramos el recurso de reposición ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque y el de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito, los cuales deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según sea el caso. El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción (Artículos 74 y 76, Ley 1437 de 2011).

El contratista que interponga los recursos citados para solicitar la revocatoria total o parcial de los actos administrativos que contengan las declaratorias de caducidad y terminación unilateral, deberán cumplir con los siguientes requisitos establecidos en el Artículo 77 de la Ley 1437 de 2011, interponerse de manera escrita o por medios electrónicos, dentro del plazo establecido para ello, explicar los motivos que lo sustentan de manera clara y específica, solicitar y aportar las pruebas que se pretendan valer, indicar el nombre y dirección del recurrente, así como la dirección de correo electrónico para las notificaciones, so pena de que el mismo sea rechazado por falta de requisitos, caso en el cual si el recurrente considera que es un rechazo no ajustado a derecho, procede el recurso de queja.

En el caso de estos recursos, serán tramitados en efecto suspensivo, es decir que mientras no sea resuelto el mismo, las decisiones tomadas por la entidad estatal de terminación y caducidad quedarán suspendidas y no tendrán fuerza de ejecutoria, por lo cual no podrán ser exigidas por la Administración, hasta tanto no sea resuelto el recurso interpuesto, a fin de no afectar el debido proceso y los intereses del contratista o tercero recurrente, los recursos deberán resolverse de plano, a excepción de cuando se soliciten pruebas o declaren de oficio, caso en el cual se dará traslado por 5 días y un plazo no mayor a 30 días prorrogables por 30 días más, para practicarlas (Artículo 79, Ley 1437 de 2011).

Estos recursos con los que cuentan los contratistas y terceros interesados para atacar el contenido de las decisiones de la entidad estatal, con los fundamentos fácticos y jurídicos para ello, son la principal herramienta en sede administrativa para atacar la declaratoria de caducidad y terminación unilateral, ante la misma entidad que lo expide, pues de no considerar viable los recursos interpuestos y cuando la entidad estatal los niegue por las razones que considere pertinentes, se procederá entonces a acudir a la vía contencioso administrativa, a través de los diferentes medios de control establecidos.

2.2 EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES DE CADUCIDAD Y TERMINACIÓN UNILATERAL

Para el caso colombiano, hechos de gran connotación como el *túnel de la línea*, *el puente chirajara* y *la ruta del sol*, caracterizados por amplias discusiones relacionadas con el uso de los contratos estatales para desarrollar manifestaciones de corrupción y donde las entidades no ejercen un efectivo seguimiento y cumplimiento a las exhortaciones de Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007 en lo relacionado al uso de cláusulas exorbitantes, se circunscriben como hitos y

antecedentes que requieren un mayor y efectivo control, tanto para las entidades estatales, como para los órganos encargados de ejercer control disciplinario y fiscal.

Las cláusulas exorbitantes o excepcionales en el marco de la Ley 80 de 1993, entendido como las facultades regladas que disponen las entidades públicas para imponer sanciones claras y tomar decisiones para la protección de los intereses supremos del Estado y garantizar la cautela de los intereses públicos, son entendidas por la doctrina y la jurisprudencia como una unificación de normas que posterior a su publicación, propende por garantizar a través de un contrato los intereses constitucionales en todo el territorio nacional.

Estas potestades, entendidas como la acción de *caducidad y terminación unilateral*, son respuesta a las atribuciones que son otorgadas por la Ley para la cautela del interés público, el cual debe agotarse bajo fundamento del principio de legalidad, pero frente al cual se dispone de acciones a través de controversias contractuales, inmersos en el Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

Al tener que dar un estricto cumplimiento a los criterios bajo la presunción de legalidad, las acciones emergidas de estas cláusulas pueden generar perjuicios a particulares, dichos actos en detrimento de los intereses de terceros, deben ser demostrados a través de acciones contenciosas; en este punto los precedentes jurisprudenciales son de gran importancia, ya que abordan las discusiones que involucran particulares y entidades, dirimiendo y sentando antecedentes frente a la responsabilidad patrimonial y extrapatrimonial de estas declaratorias.

En este último escenario, referido a las posibles controversias suscitadas por la declaratoria de alguna de estas cláusulas y dispuestas como lo ordena la Ley a través de actos administrativos, puede generar perjuicios extra patrimoniales, los cuales deben ser probados y

tasados a través de la intervención de un juez de la república en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así mismo, los criterios de la doctrina nacional han establecido que la supremacía del Estado al romper la conmutatividad de los contratos por el ejercicio exorbitante, genera desequilibrios y perjuicios para las partes, como es el caso de la declaratoria de caducidad, que puede derivar en sanciones prolongadas en el tiempo y futuras terminaciones unilaterales frente a otras relaciones contractuales que tenga el contratista con otras entidades estatales, lo que podría desencadenar una responsabilidad del Estado, si el acto administrativo no goza de la motivación debida para declararla. Lo anterior con fundamento en la carta constitucional de 1991, que refiere “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Art. 90, Constitución Política de Colombia, 1991).

Finalmente, los precedentes doctrinales han establecido que se debe generar una ampliación respecto a la ruptura de los equilibrios contractuales, ya que es posible que la intervención de circunstancias o contextos como los de la fuerza mayor y caso fortuito requieran una mayor interpretación por parte de los operadores jurídicos, para evitar transgredir derechos frente a terceros en una legislación amparada bajo los preceptos del Estado Social de Derecho.

En este punto, es importante mencionar que existen causas que pueden exonerar la responsabilidad del contratista en relación al incumplimiento del objeto contractual, y se constituyen como eximentes de responsabilidad al momento de verificar las razones fácticas y jurídicas para la declaratoria de caducidad y terminación unilateral del contrato estatal, en aras siempre de garantizar el debido proceso constitucional, pues se debe valorar las circunstancias precisas por las cuales se pretenden invocar las causales para la declaratoria de terminación

unilateral y caducidad, que no afecten los intereses ni derechos del contratista jurídicamente amparados.

Al respecto el Consejo de Estado ha indicado en Sentencia No. 14392 del 10 de octubre de 2005, que la fuerza mayor determina la no ejecución de la prestación, a cargo del contratista, sin que ello comporte responsabilidad contractual para él, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes, y por ello, no es imputable al contratista, por tanto, la carga de la prueba la tendrá el contratista, a quien le corresponde demostrar que los hechos fueron imprevisibles e impidieron de manera directa la ejecución del contrato. De conformidad con lo establecido en el artículo primero de la Ley 95 de 1980, “se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público”.

Sobre el caso fortuito, se tiene como una actividad no externa, sino propia de quien realiza en este caso la ejecución del contrato, es decir, el contratista, al respecto la Corte Constitucional en sentencia de Unificación SU-449 de 2016, ha establecido que,

La fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido, permanecer oculto.

Por tal razón, es relevante la apreciación de los hechos específicos de cada caso, para determinar la aplicación debida de los eximentes de responsabilidad sobre los incumplimientos de los contratistas en la ejecución del objeto contractual, antes de proceder a declarar la caducidad o terminación unilateral por las causales que se deriven de ellos, a fin de garantizar en todo momento el debido proceso como derecho fundamental.

2.2.1 Control jurisdiccional frente a la declaratoria de caducidad

La legislación colombiana ha previsto una supremacía del Estado frente a las relaciones contractuales con particulares, en los contratos estatales en los cuales la Ley 80 de 1993 permite la estipulación de las cláusulas excepcionales, tales como; los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, los contratos de obra, los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, contratos de suministro, contratos de prestación de servicios, entre otros. Este criterio que además se encuentra fluctuado por las prerrogativas adheridas a la descentralización administrativa bajo la intervención de entidades con autonomía y personería jurídica para contratar, no mantiene a nivel institucional mecanismo que propendan realizar seguimientos efectivos de las acciones adelantadas en el marco del ejercicio de aplicación de cláusulas exorbitantes o excepcionales.

Si bien, la aplicación de la Ley en estricto sentido ha optado por reglamentar la selección de contratistas, se cree que la libertad en la selección de una entidad estatal obedece a la autonomía de su voluntad; no obstante, esta escogencia de la mejor oferta, es un resultado secuencial de un procedimiento, en dónde se selecciona según los criterios establecidos en la oferta y en donde el interesado en prestar el servicio debe acogerse a las limitaciones inherentes y exhortaciones explícitas incluidas en todos los estatutos de contratación de las entidades estatales, es decir, que la entidad estatal se rige de manera detallada a los procedimientos establecidos para la selección de la mejor oferta, según el tipo modalidad y proceso establecido para la adjudicación de un contrato y el contratista al presentarse como proponente en un proceso público acepta los términos y condiciones establecidos por la entidad en las invitaciones, pliegos

de condiciones, términos de referencias, entre otras, y por tanto, al presentar su oferta acepta las cláusulas excepcionales amparadas en el ordenamiento jurídico.

Frente a posibles incumplimientos por parte de los contratistas derivados de alguna de las modalidades de selección, se desprenden las posibilidades que tiene la administración para requerir su cumplimiento las veces que sea necesario, procurando que se dé cumplimiento estricto a la obligación de prestar un servicio público específico.

Una de las cláusulas más empleadas con rigor por las entidades es la declaratoria de caducidad de los contratos, la cual se dispone posterior a la renuencia para el cumplimiento de alguna obligación dispuesta en el clausulado de cada contrato. Frente a esto, el legislador ha establecido un régimen de responsabilidad que incluye el abordaje de los posibles perjuicios materiales, que el contratista haya ocasionado a la entidad, y por tanto, que se asuma por parte de este el detrimento patrimonial causado al Estado.

La Ley 80 de 1993, al ser uno de los estatutos más importantes en materia de contratación estatal, establece que la necesidad de prevalecer el interés general obliga a las entidades a disponer frente a casos concretos de sanciones a contratistas que incumplan las prestaciones dispuestas en el contrato.

En este sentido y de una forma taxativa, el artículo 18 establece las condiciones en las que una entidad debe disponer del ejercicio exorbitante frente a incumplimientos. De esta forma lo enmarca de la siguiente manera,

La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará

por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. (Art. 18, Ley 80 de 1993)

En este punto, el apartado de la Ley dispone que se requiere la expedición de un acto administrativo, el cual debe estar debidamente motivado estableciendo las conductas que causaron la declaratoria, como también el proceso pertinente para adelantar la liquidación unilateral en favor de la entidad. Cabe resaltar que el punto de la discusión se centra en el apartado consiguiente dispuesto a no reconocer ningún tipo de indemnización para el contratista, pero exegéticamente esto se entiende desde la aplicación inmediata de la cláusula; “si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta Ley” (Art.18, Ley 80 de 1993).

Por ende, se centra una discusión, ya que el legislador debió tener en cuenta que a pesar de que todas las actuaciones administrativas -incluyendo la expedición de un acto administrativo- gozan de presunción legal, se debe establecer un canal respecto a lo que concierne a la caducidad, en el entendido de que el incumplimiento mismo de una carga contractual, debe ser sometido a evaluación antes de proceder a una sanción, pues, chocan dos interés, tanto el patrimonial del contratista como el interés general de la prestación del servicio por parte de la entidad.

La doctrina clásica y los antecedentes franceses sitúan estas cláusulas como mecanismos idóneos bajo la finalidad de prestación de servicios públicos. En esta perspectiva se dota a la administración de una superioridad jurídica en relación con los contratistas, reconocido como prerrogativas del poder público y que es inherente por su condición de administración pública. (Péquignot, 1945)

Al respecto, es pertinente situar la labor del funcionario público frente a la declaratoria de esta cláusula, en la cual la decisión está sometida a los criterios subjetivos frente al contexto que dio origen al incumplimiento. A pesar de que en la mayoría de entidades públicas se agotan los requerimientos internos frente al contratista, estos no se consideran por la Ley como elementos de juicio objetivo para tomar decisiones respecto a la interrupción de un contrato.

La expresión literal de la norma (Artículo 18) permite concluir que estará en cierta medida a criterio de la entidad contratante decretar o no la caducidad, ya que la gravedad que debe calificar el grado de afectación del objeto contratado es un concepto de apreciación eminentemente subjetiva. (Quintero y Mutis, 1995, p.49)

Este aspecto es fundamental para la entidad estatal, pues existe por tanto, una carga subjetiva asumida por un funcionario público, que desde su apreciación definirá si es procedente o no la declaratoria de caducidad de un contrato estatal, siendo por ende, responsable de las decisiones que tome dentro de ejercicio de la función administrativa y en representación de una entidad estatal. Lo cual, puede conllevar a una responsabilidad del Estado, en caso no fundamentar debidamente sus decisiones.

Respecto a esta perspectiva, Benavides (2002) dentro de sus estudios sobre *El contrato estatal entre el derecho público y privado*, ubica desde la vertiente del equilibrio económico que las condiciones dispuestas para esta relación contractual deben agotar presupuestos de igualdad en las contraprestaciones por parte de entidad y contratista, evitando que la posición dominante en el régimen sancionatorio emerja cuando hay un desarrollo armonioso del objeto contratado.

En esta misma línea, dispone que la connotación de igualdad se rompe cuando se presentan manifestaciones administrativas en torno a la eficaz garantía de los intereses públicos por casos donde necesariamente se requiere esta intervención. “La desigualdad jurídica del

contrato administrativo se manifiesta a través de ciertos privilegios reconocidos a la administración contratante, que le dan una posición de superioridad frente a su contratista. Entre ellos se destacan la posibilidad de proferir actos ejecutorios” (Benavides, 2002, p.14).

El marco legal que precedió a la Ley 80 de 1993 es el Decreto 222 de 1983. En este se establecieron de manera taxativa las condiciones emergidas para una declaratoria de caducidad en un contrato estatal.

Esta norma situó estas causales distinguiendo que el criterio para su declaración correspondía al funcionario público en resolución motivada. En ellas refirió a La muerte del Contratista, si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con los sucesores; Incapacidad física permanente del Contratista, certificada por médico legista; b) La interdicción judicial del Contratista; c) La disolución de la persona jurídica contratista; d) La incapacidad financiera del Contratista, que se presume cuando se le declara en quiebra, se le abre concurso de acreedores o es intervenido por autoridad competente; e) igualmente la entidad contratante puede considerar que hay incapacidad financiera cuando el Contratista ofrece concordato preventivo, se retrasa en el pago de salarios o prestaciones sociales o es embargado judicialmente y f) Si a juicio de la entidad contratante, del incumplimiento de las obligaciones del Contratista se derivan consecuencias que hagan imposible la ejecución del contrato o se causen perjuicios a dicha entidad (Art. 62, Decreto 222 de 1983).

Tanto el marco legal vigente, como el marco legal precedente, establecen la trazabilidad de acciones enmarcadas de la función administrativa frente al contrato estatal. En lo referido a esta cláusula, la norma no establece los conductos establecidos internamente para las administraciones que preceden su declaración y sanción, como tampoco el importante papel del

funcionario que tiene esta importante labor, la cual trastoca intereses tanto administrativos como privados.

En líneas de régimen sancionatorio, en primer lugar se debe anotar que la declaratoria de caducidad origina la inhabilidad del o los contratistas afectados por esta cláusula exorbitante, lo anterior enmarcado en el artículo 8, numeral 1, literal C; como también y consecuente a esta inhabilidad, se genera la liquidación automática de todos los contratos en ejecución y la más lesiva según la doctrina, enmarcada en la prohibición inmediata para celebrar contratos con el Estado a modo de sanción por 5 años a partir de proferida la decisión administrativa. Frente a este canal de Ley, Expósito Vélez (2013) interpreta de manera clara el alcance discrecional posterior a un evento consagrado en la Ley como caducidad. “Entonces, de acuerdo con lo anterior, las sanciones, inhabilidades y constituciones a que da lugar la declaratoria de caducidad del contrato permite a la entidad estatal contratante hacer efectiva la garantía de cumplimiento del contrato ante la compañía aseguradora” (Expósito, 2013, p.223).

En esta línea, las disposiciones normativas promueven un canal concreto de aplicación de esta cláusula de la siguiente manera,

Si la declaratoria 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. (Consejo de Estado, Expediente No.14821, 1998)

En este punto del análisis, es importante resaltar la importancia que tiene el medio de Control de Controversias contractuales, que establece la Ley 1437 de 2011, en su artículo 141, pues mediante este medio, los contratistas podrán acceder a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para solicitar las pretensiones que se consideren pertinentes frente a los actos

Administrativos que declaren la caducidad de contratos estatales, cuando la vía administrativa no haya producido los resultados esperados y se tenga la convicción de que los mismos han sido expedidos sin el lleno de los requisitos, afectando los intereses de los mismos.

Sobre el particular, Ley 1437 de 2011, que indica que,

Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la Ley.

Dicho medio de control es el idóneo para enfrentar las situaciones en conflicto derivadas de un contrato del Estado, más aún, teniendo en cuenta que la declaratoria de caducidad proferida por la entidad estatal, deberá realizarse dentro del plazo del contrato, es decir, siendo parte activa de la relación negocial derivada del contrato estatal, salvo las excepciones ya citadas, por lo cual, aunque dentro de dicho medio se pueden solicitar acciones como la nulidad del acto administrativo que declara la caducidad, el restablecimiento del derecho a favor de contratista y la reparación de los perjuicios causados, seguirá siendo el medio de control de controversias contractuales el idóneo para resolver las situaciones pretendidas, y no debe confundirse con los medios de control citados en los artículos 138 y 140 de la Ley 1437 de 2011, pues estos últimos serán los idóneos cuando no exista una relación contractual de por medio.

Sobre dicho tema, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa, indicando que,

El medio de control de controversias contractuales es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como, resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución y liquidación del contrato estatal, así como la legalidad de los actos administrativos proferidos dentro del desarrollo de éste. Así, puede cualquiera de las partes solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (v) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (vi) que se hagan otras declaraciones y condenas. (Sentencia No.52001-23-33-000-2016-00340- 01, Consejo de Estado, Sección tercera, subsección C, 2021)

Por tal razón, aunque dentro de las pretensiones del contratista está la de que se declare la nulidad y restablecimiento del derecho afectado por la declaratoria de caducidad del contrato suscrito, el mismo no puede ser solicitado de manera independiente mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por ser un acto administrativo de carácter particular, sino que, deberá realizarse como pretensión inmersa en el medio de control de controversias contractuales, abriendo la posibilidad también de pedir la reparación de los perjuicios causados por la entidad, la cual deberá interponerse dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la Ley, so pena de que opere el fenómeno de caducidad del medio de control. Sobre el asunto

establece el Artículo 164, literal j, que tratándose de contratos, el término para demandar será de dos años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirvan de fundamento.

2.2.2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana

La Corte Constitucional Colombiana como máxima corporación en defensa de los intereses aludidos al Estado Social de Derecho, ha establecido diferentes apreciaciones alrededor de la procedencia de la cláusula exorbitante de caducidad, como también su naturaleza. Frente a este importante aspecto, la misma busca dirimir conflictos que integran posiciones referidas a la vulneración de principios fundamentales, siendo el debido proceso uno de los más abordados dentro de su jurisdicción.

Sobre el debido proceso, la Sentencia T-1071/07, expediente T-1652277 con Nilson Pinilla Pinilla como magistrado ponente del 12 de diciembre de 2007.

Acción de tutela contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, artículo 14 de la Ley 80 de 1993: establece la obligación de estipular ésta y las demás cláusulas excepcionales al derecho común frente a un número limitado de tipos contractuales, la permite frente a otros y la prohíbe frente a un tercer grupo de contratos. (Corte Constitucional, 2007)

En este antecedente, se denota que el accionante buscó a través del mecanismo de tutela que se declararan viciadas todas las manifestaciones administrativas relacionadas con caducidad por parte de la entidad, ya que vulnera el debido proceso.

Frente al caso es importante determinar que independientemente de la modalidad de selección empleada o el tipo de contrato dispuesto para tal fin, las cláusulas exorbitantes o

excepcionales son inherentes a los tipos de contratos establecidos en el Art. 14 de la Ley 80 de 1993 y se encuentran dispuestas en el marco normativo de dicha Ley.

Frente a tal discusión, es importante para la Corte Constitucional establecer que esta medida excepcional se creó en defensa de los intereses generales y es por esta razón, su declaratoria obedece a las atribuciones conferidas mediante los mecanismos de la atenuación administrativa.

Por otra parte, la consecuencia de la declaratoria de caducidad, tiene un carácter ejemplarizante y disuasorio, ya que del incumplimiento del contratista, se desprende una sanción ipso facto, que permea todas las relaciones contractuales con el Estado, que se encuentren en ejecución y genera la inhabilidad de 5 años para contratar o participar de los procesos de selección con las diferentes entidades estatales.

La sentencia T-569/98 con expedientes T-171.895 y T-176.175 y magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra, sentó un precedente de gran importancia frente a lo constitutivo en la declaración de caducidad como cláusula exorbitante de la contratación pública. En ella estableció a través del abordaje de dos casos específicos que las entidades territoriales tienen a su cargo la defensa frontal de los intereses patrimoniales generales y que esa carga asumida por los criterios de la Ley le obliga a garantizar un efectivo cumplimiento de este fin.

En este aspecto, la corporación establece jurisprudencia al indicar que las actuaciones interna de las entidades no requieren el desarrollo de un procedimiento específico, pero si la garantía del debido proceso, ya que la posición jerárquica frente a esta relación debe suponer la mera existencia de criterios objetivos para adelantar su declaratoria –como informes, cuentas, avances- interventorías- con el fin de que estos se conviertan en insumos claros y concretos que

se incluyan en el ejercicio de la expedición de actos administrativos en el marco de estas atribuciones.

La Ley, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en reconocer en esta cláusula, una prerrogativa o privilegio que se le otorga al Estado para dar por terminado un contrato donde él es parte, cuando el contratista ha desplegado ciertas conductas o se presentan circunstancias que, en general, hecho que hace necesaria la intervención rápida de la administración a fin de garantizar que el interés general involucrado en el contrato mismo no se afecte, porque de hecho se lesiona a la comunidad en general (Corte Constitucional, T 569/98).

Finalmente, uno de los antecedentes de mayor relevancia para la Corte Constitucional se ubica en la sentencia T 196/2003 del 6 de marzo de 2003 con magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, precedente que dirimió un conflicto asociado a un incumplimiento a un contrato de concesión.

Según la corte, la prestación de servicios públicos hace parte de una de las asignaciones más importantes para el Estado y las entidades públicas bajo este espectro. Aquí se suscribe la corporación que esa asignación hace parte de un fin del Estado Social de derecho y que debe garantizarse utilizando todos los medios disponibles en el marco de la Ley.

En este apartado, al tener una regulación clara debe mantenerse un riguroso régimen de control capaz de garantizar el gasto público acorde a las necesidades suscritas en relaciones contractuales y que sean capaces de enmarcarse bajo preceptos de legalidad cuando de actos administrativos se trate. Así mismo, frente a la solicitud de tutelar el derecho al buen nombre, la corte extendió claridades sobre la afectación al buen nombre. Como derecho de cohorte extrapatrimonial,

La imputación que se haga debe ser suficiente para generar un daño en el patrimonio moral del sujeto y su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal que le pueda causar al ofendido alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho. (Corte Constitucional, 2003)

2.2.3 Control jurisdiccional frente a la declaratoria de terminación unilateral

En referencia a los contextos de declaratoria de terminación unilateral del contrato estatal invocando alguna de sus causales, genera en algunos casos controversias suscitadas principalmente por la inconformidad del contratista afectado por los efectos del acto administrativo que motiva la decisión.

En este sentido, el Consejo de Estado ha sido enfático en determinar que cada una de las actuaciones exorbitantes debe estar compuesta con la motivación establecida a dar claridades frente al incumplimiento del servicio público contratado. Al respecto indicó en sentencia del 27 de marzo de 1997 con radicado 8385 y magistrado ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, en la cual se motiva una decisión por parte de una entidad territorial, a pesar de darse un cumplimiento de obra de más del 80% interrumpida por eventos sobrevinientes ajenos al contratista.

En esta sentencia se establece que aunque la administración pública tiene el poder excepcional para dar por terminado de forma unilateral el contrato estatal y que a su vez se ordene la liquidación, esta debe actuar dentro del tiempo establecido y no después del vencimiento de los plazos pactados, tal como se ve demostrado en el caso al no haber contestado a tiempo y dejar que éste transcurra, obligando al contratista a “cumplir” sin tener en cuenta lo oneroso de la situación, para poder sustentar el incumplimiento por parte del contratista.

Al tenor de lo anterior, Expósito Velez (2013) en sus estudios de forma y contenido del contrato estatal ha resaltado la importancia de que la manifestación unilateral debe estar invocada atendiendo la urgencia de la actividad administrativa, existiendo en el caso una motivación ajena a la realidad, afectando directamente la economía del contratista dado a la incapacidad de cumplir por los eventos sobrevinientes soportados.

La Sala de lo Contencioso Administrativo modifica la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, declarando la nulidad de las resoluciones 969 y 1264 proferidas por el representante legal de Empresas públicas de Medellín, aunado a ello el otorgar la cantidad de \$8.481.843 en razón a indemnizar al contratista por la terminación anticipada del contrato.

Otro de los precedentes jurisdiccionales sobre terminación unilateral y sus efectos se ubica en la Sentencia de 29 de agosto de 2007, Radicado 85001233100003090, con magistrado ponente Mauricio Fajardo Gómez. En este precedente se alega el cómo una entidad debe delimitar la expedición de un acto administrativo que emerja la aplicación de esta figura excepcional.

En el caso concreto el señor Rubén Pérez Romero instauró una demanda contra del Departamento de Casanare ante el Tribunal Administrativo de Casanare para Declarar la nulidad la Resolución No.01329 de 1996 proferida por el Gobernador de Casanare para dar por terminado el Contrato 459 del 21 de junio de 1996 y que en cambio se resuelva como incumplimiento de la administración departamental, aunado a ello el pago de indemnización por perjuicios y alegó que la entidad no le hubiese permitido conocer las razones de la terminación del contrato para que hiciera valer sus derechos.

La Sala manifiesta lo imperativo de la terminación unilateral del contrato cuando en él existan o se configuren nulidades absolutas alegadas por las partes u agente de oficio y que no

son saneables, en el caso en concreto se determina la nulidad absoluta en razón a que solo se presentaron dos propuestas del mismo actor, lo que indica que la administración no invitó proponentes, viciando así desde el inicio tal contrato, que, aunque no existe una prohibición legal, si se omitió un requisito.

En este sentido, el control jurisdiccional de la terminación unilateral debe abocarse al análisis concreto de cada una de las causales dispuesta por la Ley, siendo ellas a) cuando las exigencias del servicio público lo requieran o situación de orden público lo imponga; b) por muerte o incapacidad física permanente del contratista si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista; c) por interdicción judicial o de quiebra del contratista y d) por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

En estas causales establece la jurisprudencia que se debe realizar un análisis riguroso de cada una de las causales, delimitando si efectivamente se ha incurrido en alguna de ellas o por el contrario hay existencia de alguna exoneración de la responsabilidad. En este punto, se retoman los apartados sobre la buena fe y la importancia del papel del servidor público en la motivación del acto administrativo de terminación unilateral.

Se debe resaltar que a su vez, que las garantías fundamentadas en la protección de los intereses del Estado son una herencia de la doctrina francesa en la cual se planteaban los primeros elementos asociados a la exorbitancia, la sustantividad del contrato administrativo, avanzando en los principales cimientos de la garantía y prevalencia de la unilateralidad de las entidades frente a pugnas con particulares.

Siguiendo la línea de las facultades discrecionales, se debe tener en cuenta la extrema sujeción a la buena fe por parte del servidor público quien las profiere. En primera medida ya

que la buena fe objetiva es un instrumento que dota de seguridad jurídica donde deben predominar las actuaciones conforme a derecho, esto ha constituido la necesidad de que las administraciones territoriales establezcan canales de secuencia para lograr que desde el plano del requerimiento interno se puedan cumplir con las asignaciones o exhortaciones de un contrato.

Por ende,

Se debe respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte (...) bajo presupuestos de lealtad y solución alternativa de conflictos. (Villarreal, 2009, p.73)

Concomitante a lo anterior, la Ley establece que esa ruptura de la reciprocidad como mecanismo de control administrativo, dispone de una supremacía que debe ser usada o decretada bajo un ejercicio responsable por parte de la entidad pública y el servidor que la suscribe, con el fin de evitar dentro del régimen de control, apertura de procesos disciplinarios y/o fiscales por parte de los entes de control, buscando siempre el cumplimiento de los fines estatales.

Así que, entonces, la relación entre contratista y la entidad pública puede constituir una relación recíproca relativa, donde el primero carece totalmente de algún tipo de asignación legal que provea herramientas para sancionar al contratante, como tampoco establecer estrategias de constreñimiento unilateral de su parte para sacar provecho en contra de la administración y en favor personal. En referencia a esto, Santofimio Gamboa (2017) concluye que,

Tiene que ver con los contratos del Estado, esta es la regla dominante y principal de las relaciones entre la administración y el contratista, que tan solo se rompe, por escrito mandato legal, para la materialización de las cláusulas de excepción. (Santofimio Gamboa, 2017, p.475)

Se puede concluir que, al igual que las actuaciones emanadas de la función administrativa son trasladadas a la esfera de los contratos estatales, donde los criterios del servidor público deben estar cobijados por una serie de principios como lo son el debido proceso, legalidad y tipicidad, *non reformatio in peius* y el principio de proporcionalidad.

En este punto del estudio, es de vital importancia analizar en relación a la declaratoria de caducidad, el medio de control idóneo para el acceso a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el cual será el de controversias contractuales, establecido en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, pues, aunque dicha cláusula excepcional lo que pretende es terminar el contrato estatal de manera unilateral, se expide dentro del plazo de ejecución del mismo, es decir dentro de la vida del contrato, siendo esta parte integral del proceso contractual, y la razón principal para que opera si y solo sí dicho medio de control.

De igual forma al hacer parte de la relación contractual un acto administrativo de terminación unilateral expedido por la entidad estatal, es el medio de control referido, el idóneo para solicitar la nulidad del mismo y el restablecimiento del derecho de carácter particular que está siendo afectado, al igual que la solicitud de reparación de daños y perjuicios causados por esa facultad exorbitante usada en su contra y a favor de la entidad estatal, sin que para ello deban invocarse diferentes medios de control, pues el de controversias contractuales, como se ha mencionado anteriormente, deja abierta la posibilidad de realizar diferentes peticiones siempre y cuando las situaciones o actos administrativos estén suscitadas en el marco de un contrato estatal.

2.2.4 Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana

Algunos antecedentes de la Corte Constitucional sitúan las pugnas y controles de constitucionalidad en la forma en cómo se establecen los criterios para la expedición de actos que dan por finalizada la relación negocial del contrato estatal. Así mismo, algunos de los

precedentes constitucionales sitúan el análisis en las coyunturas presentes a la hora de expedir actos con efectos de terminación unilateral.

La Sentencia C-620 de 2012 con magistrado ponente Jorge Ignacio Pretel Chaljub aborda el régimen sancionatorio de la Ley 80 de 1993 por medio de un caso de una decisión bajo una causal de reorganización empresarial de un contratista, la cual dio origen a la terminación de la relación negocial.

La alta corporación precisa que esta cláusula no tiene un carácter punitivo, sino que constituye un medio de control para garantizar la continuidad del servicio y evitar la interrupción, retardo o paralización del mismo, y que en el marco de la confianza legítima del Estado y el principio de solidaridad, se tengan en cuenta factores externos o ajenos que afecten un contratista y que infieren directamente en el servicio público a prestar. Es decir, que es un mecanismo de control administrativo para la consecución de los fines estatales.

La Administración provista de esta competencia por el ordenamiento jurídico, en caso de extrema gravedad, no busca un efecto punitivo contra el administrado que le colabora en la consecución de los fines del Estado, sino que es un medio de control para evitar que las entidades públicas tengan obstáculo jurídico que les imponga interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público, para defensa del interés común y a su vez en beneficio del patrimonio público ya que impide la violación del principio de la economía susceptible de afectarse por las circunstancias que le dan origen a su declaratoria. (Sentencia C-620 de 2012)

Esta posición evidencia dos puntos de reflexión. El primero de ellos situado en las atribuciones que tiene la entidad bajo su prerrogativa de orden público para determinar una terminación unilateral y el segundo referente a la interpretación exegética de cada caso. Esta

postura es soportada por la Sentencia C-454 de 1994, con magistrado ponente Fabio Morón Díaz, en la cual se hace un estudio en el marco de un control de tutela frente a la causal de incapacidad física de un contratista en el marco de un contrato estatal. la corporación determina que:

Debe interpretarse ese tenor en el sentido de que exista una situación que impidan cumplir las obligaciones contractuales en razón a la discapacidad física permanente siempre y cuando tales obligaciones dependan de forma única por las habilidades o atribuciones físicas del contratista, aunque para ello también se debe tener en cuenta si la discapacidad física es absoluta o parcial, ya que la sola incapacidad permanente no incurre en la imposibilidad de cumplir el contrato, si ese fuese el caso, se deberá continuar con lo pactado hasta donde le sea posible, en caso contrario la entidad puede a través de otros instrumentos como las cláusula exorbitantes, dejar sin efectos tal acto para evitar sanciones al contratista.

En este fallo se establece que al ser el contrato estatal un instrumento para garantizar la efectiva prestación de un servicio público, al ser un fin de interés general obliga a que cada etapa comercial esté regida por el cumplimiento de cada lineamiento. En mérito a esto, cada entidad debe estar sujeta a las evaluaciones pertinentes de casos de incapacidad, con el fin de determinar si una incapacidad puede ocasionar la imposibilidad total de adelantar el fin contractual, o por el contrario, los mismo agentes deben propiciar estrategias que procuren desarrollar el objeto comercial sin afectar o vulnerar los derechos fundamentales de un tercero.

La contratación estatal, se rige por una serie de principios, deberes y derechos que deben cumplirse tanto por las entidades estatales, como por los particulares que intervienen en el cumplimiento de los fines estatales, como la continua y eficiente prestación de los servicios y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. De otra parte, dentro de los deberes de las entidades estatales en la celebración y ejecución de contratos,

se establece en la Ley que éstas deberán exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado y la calidad de los bienes y servicios adquiridos; también, los contratos del Estado, por regla general tienen carácter *intuitu personae*, esto es que se celebran en consideración a la persona misma del contratista, sea natural o jurídica, previa su inscripción, calificación y selección en igualdad de oportunidades y concurrencia con los demás. Lo anterior condiciona todo el régimen de regulación de la contratación, toda vez que en él deben prevalecer los principios de interés general propios de la contratación pública, y por regla general, el contrato debe ser el resultado de un proceso de selección orientado a determinar la propuesta más favorable para la entidad. (Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 1994).

2.2.4 Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano frente a la terminación unilateral y la caducidad del contrato estatal. Criterios sobre el ejercicio sancionatorio y el mecanismo de control administrativo para el cumplimiento de los fines estatales a través de los contratos del Estado.

El control jurisdiccional a través del Consejo de Estado, como máximo ente jurisdiccional en materia de controversias contractuales ha determinado que tanto la figura de la terminación unilateral, como la caducidad se ubican como manifestaciones adheridas al ejercicio administrativo en prevalencia del interés general cuando exista hechos sobrevinientes o causas que afecten la relación negocial entre una entidad y un particular que presta esos servicios.

En este sentido, la alta corporación ha delimitado a través del recorrido jurisprudencial, una serie de elementos de gran importancia frente a estas dos figuras, atendiendo al criterio de prerrogativas públicas, en la aplicación tanto de la cláusula excepcional de terminación

unilateral como mecanismo de control administrativo para la consecución de los fines esenciales del Estado y la cláusula excepcional de caducidad como ejercicio sancionatorio dentro de las disposiciones legales.

Al respecto, es importante situar las nociones del Consejo de Estado en sus precedentes, estableciendo una línea temporal desde el año 1993, con la promulgación de la Ley 80 de ese año. Con el fin de delimitar el objeto de análisis jurisprudencial, se sitúa la línea problema enmarcada en *¿Cuál de las dos figuras obedece al ejercicio sancionatorio y cual comprende un mecanismo de control administrativo para el cumplimiento de los fines estatales a través de los Contratos con el Estado ?*

El Consejo de Estado ha utilizado la noción del principio de legalidad como argumento frente a la aplicación del control administrativo de terminación unilateral, expresando que, si no está respaldado por la Ley, ciertas facultades no pueden ser ejercidas ya que estos poderes exorbitantes permiten romper el equilibrio contractual.

En el año 2007, en Sentencia No. 850012331000030901, Magistrado Ponente Mauricio Fajardo Gómez, el señor Rubén Pérez Romero instauró una demanda contra del Departamento de Casanare ante el Tribunal Administrativo de Casanare para Declarar la nulidad la Resolución No. 01329 de 1996 proferida por el Gobernador, en la cual se daba por terminado el contrato 459 del 21 de junio de 1996 y solicita en cambio que se resuelva como incumplimiento de la administración departamental, aunado a ello el pago de indemnización por perjuicios causados, pues alegó que la entidad no le permitió conocer las razones de la terminación del contrato para que hiciera valer sus derechos.

En dicha sentencia la Corporación hizo énfasis sobre la cláusula de terminación unilateral, indicando que según las normas derivadas de la Ley 80, es claro que tiene el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos, es decir que es un mecanismo o instrumento de control administrativo que vela por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, a través de la suscripción de contratos estatales con terceros colaboradores para tales fines.

Adicionalmente, en dicha sentencia indicó aspectos generales de la terminación unilateral como: a) el hecho de que la ley consagra de manera expresa la facultad para que la entidad estatal contratante pueda realizar su declaración; b) pone fin al contrato estatal, c) la terminación unilateral del contrato en cualquiera de sus modalidades, sólo es posible aplicarla en relación con contratos vigentes, puesto que resulta ontológicamente imposible dar por terminado un contrato que ya hubiere finalizado con anterioridad; d) la declaratoria correspondiente, en cuanto debe ser adoptada por una entidad estatal en desarrollo de su actividad contractual, constituye un verdadero acto administrativo de naturaleza contractual; e) dicho acto administrativo, será pasible de control judicial en virtud de la acción de controversias contractuales, cuyo ejercicio deberá realizarse dentro del término de caducidad establecido en la ley; y f) una vez ejecutoriada la decisión administrativa que dispone o determina la finalización unilateral del correspondiente contrato estatal, será necesario proceder a la liquidación del contrato estatal en cuestión. (Sentencia No. 850012331000030901).

Para concluir, la Corporación reitera en la sentencia, que la aplicación de dicha cláusula no es en ejercicio del poder sancionatorio de Estado, sino que es contemplada como un mecanismo para proteger el interés general, y por tanto, hacer cumplir sus fines,

El aspecto que se acaba de destacar pone de manifiesto que esta especie o modalidad de terminación unilateral de los contratos estatales no comporta la imposición de sanción alguna y, por tanto, a partir de su ejecutoria no se genera inhabilidad alguna en relación con el contratista afectado, lo cual, además, encuentra explicación suficiente en las causales, expresamente consagradas en la ley, que dan lugar a su aplicación. (Sentencia No. 850012331000030901).

Esta postura prevaleció durante la última década del siglo XX y la primera del siglo XXI. En ese sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 23 de abril de 2009 expresó que,

(...) En principio se puede afirmar que uno de los privilegios con los cuales cuenta la Administración Pública en los contratos que celebra es el de la decisión unilateral y ejecutoria, el cual le permite ejercer directamente potestades y derechos otorgados por la Ley, de manera expresa, sin tener que acudir ante la Justicia Contencioso-Administrativa. Se trata de un poder que es ajeno a las facultades de los particulares, salvo expresa autorización legal. (...) En este sentido cabe precisar que uno de esos actos administrativos para los cuales la Administración Pública requiere competencia para su adopción, lo que es lo mismo, autorización legal para su expedición es aquél mediante el cual se liquida un contrato de manera unilateral, en tanto, a través de dicho acto se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas. (Castillo, 2021, p.39)

En ese contexto, el tribunal enfatizó la importancia de mantener la coherencia con los principios establecidos en el ámbito del Derecho Público, destacando que las entidades estatales deben regirse por normativas específicas que garantizaran la transparencia, la equidad y el cumplimiento de los principios fundamentales de la contratación pública. Esta postura, sin

embargo, puede interpretarse en un contexto más amplio como un reflejo de la necesidad de preservar la integridad del sistema legal y garantizar la utilización adecuada de los recursos públicos en los procesos contractuales, pues su fin último es la satisfacción de los intereses comunes.

En el año 2011, la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en Sentencia No. 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483), reitera de conformidad con lo establecido en el Artículo 3 de la Ley 80 de 1993, que en la celebración de los contratos y en la ejecución de los mismos, las entidades y los servidores públicos deben tener en cuenta el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines, y los particulares, por su parte, también deben contribuir al logro y satisfacción del interés general, cumpliendo de esta forma una función social en desarrollo de sus obligaciones contractuales como colaboradores del Estado.

Por tanto, en dicha sentencia sobre la naturaleza de la cláusula excepcional de terminación unilateral, el Consejo de Estado expresa:

... En la exposición de motivos del estatuto contractual de 1993 se establece que la administración debe estar dotada de mecanismos eficaces, así fueren excepcionales, que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales. Es por eso que cuando se presenten circunstancias que amenacen la paralización de los servicios, las entidades públicas pueden tomar medidas que conduzcan a garantizar la continua y adecuada prestación del servicio, con fundamento en la prevalencia del interés

público sobre el particular. (Sentencia No. 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483), 2011).

En razón a lo anteriormente expuesto, en la misma sentencia, el Consejo de Estado, califica como excepcionales las circunstancias que generan el ejercicio de la cláusula excepcional de terminación unilateral, pues debe recordarse que para ejercerlas deben ser motivos graves que afecten de tal manera que conduzcan a la paralización de un servicio público, ya que no cualquier hecho puede provocar su declaración, pues son inescindibles al interés público y los fines esenciales del Estado, sin que se pueda desconocer las compensaciones e indemnizaciones a que tendrán derecho las personas objeto de tales medidas, traducida en la contraprestación necesaria para mantener la igualdad contractual.

En el año 2012, la Corporación indicó la importancia del cumplimiento de los fines estatales en el Contrato Estatal, orientando la aplicación de las cláusulas excepcionales, especialmente la de terminación unilateral hacia la consecución y cumplimiento de los mismos, por tanto, expresó:

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los

contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado. (Sentencia No. 85001-23-31-000-2000-00198-01(20968))

De igual forma en dicha sentencia, el Consejo de Estado explica las diferentes modalidades de aplicación de la cláusula excepcional de terminación unilateral, indicando los literales sobre los cuales puede actuar la entidad estatal para proteger el interés público consagrados en la Ley 80 de 1993 y la necesidad de aplicación de los mismos como herramienta de control administrativo para conseguir a través de la suscripción de contratos los fines esenciales del Estado establecidos en la Carta Política de 1991, siendo la principal razón de otorgar facultades excepcionales a las entidades estatales, el interés público y la satisfacción y cumplimiento de sus fines.

Para el año 2017, la Corporación continúa la línea respecto de la cual considera la cláusula excepcional de terminación unilateral como un mecanismo de control administrativo para la consecución de los fines estatales a través de los contratos del estado. En Sentencia No.8001-01(39536), en dónde se instaura demanda contra el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para declarar la nulidad de la Resolución 264 del 18 de noviembre de 2002, por la cual se termina y liquida unilateralmente el contrato 030 del 3 de julio de 2002 a la señora Luz Amparo Pineda Stapper, atendiendo a los límites temporales para declararla, es decir dentro del plazo de ejecución del contrato, siendo esta declaratoria extemporánea, la Corporación enfatiza en relación con la naturaleza sobreviniente de las circunstancias que justifican el ejercicio de la potestad excepcional de terminación unilateral del contrato, con fundamento en lo preceptuado por el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 que:

En cuanto hace a la terminación unilateral del contrato, la ley 80 de 1993, establece los casos en que ésta podrá darse, ya que la administración expresa el interés público y éste debe prevalecer en caso de conflicto con el interés contractual y meramente económico; claro está, las correspondientes causales deben ser taxativamente señaladas por la ley, ya que obedecen a circunstancias de interés colectivo, o situaciones sobrevinientes que impiden la continuación en la ejecución del contrato y afectan los derechos de los contratistas. De acuerdo con lo anterior, la norma acusada establece en principio la terminación unilateral del contrato como 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, por tanto debe advertirse que la terminación unilateral, es un mecanismo de la administración que le permite darlo por terminado, cuando se presenten determinadas situaciones sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato, por consideraciones que se relacionan con exigencias del servicio público, situación de orden público, incapacidad del contratista de ejecutarlo totalmente, debido a factores como lo son muerte, incapacidad física, y de carácter patrimonial. (Sentencia No. 68001-23-31-000-2003-01342-01(39536)).

En dicha sentencia, el Consejo de estado reitera que las entidades estatales pueden hacer uso de sus poderes de exorbitancia a través de la terminación unilateral, si y solo sí, se busca prevalecer el interés superior de la comunidad, es decir, predominando la atención de los servicios públicos sobre los intereses de las particulares, siendo el principal objetivo la consecución de sus fines estatales, pues es importante recordar que dicha facultad otorgada a las entidades estatales busca de manera primordial que no se paralice u obstaculice la prestación efectiva y eficiente de los servicios públicos a cargo del Estado.

Ahora bien, en el mismo año (2017), el Consejo de Estado expresó claramente su perspectiva sobre la viabilidad de establecer cláusulas unilaterales como medio para asegurar el cumplimiento de los fines estatales. Esta afirmación sugiere la percepción de que dichas cláusulas pueden desempeñar un papel fundamental en la garantía de la ejecución eficiente de los servicios públicos. Al respecto, la Corporación respaldó la posibilidad de incorporar cláusulas unilaterales en contratos de Derecho Privado, por tanto, reconoció la importancia de brindar flexibilidad a las partes contratantes para establecer medidas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones contractuales de manera efectiva y eficaz, y por tanto el efectivo cumplimiento de sus fines. Esta posición puede considerarse como una respuesta a las dinámicas cambiantes y a la diversidad de situaciones que pueden surgir durante la ejecución de contratos, destacando la necesidad de adaptabilidad en la regulación contractual.

Entonces, es absolutamente posible que las partes, dentro de la regulación propia de su contrato, acudan a las figuras tales como la cláusula penal, la multa, la liquidación del contrato, ya sea esta bilateral o unilateral, o a la suscripción de pólizas de cumplimiento que aseguren la debida ejecución del contrato, a la vez que lo dotan de mecanismos eficientes para exigir el cumplimiento de las prestaciones contractuales. En este sentido, la Sala debe recordar que en pronunciamientos anteriores se ha admitido, incluso, el pacto de cláusulas tales como la de terminación unilateral del contrato, en aquellos negocios que se regulan por el derecho privado. (Castillo, 2021, p.42-43)

Siguiendo esa línea de pensamiento, la corporación afirma que la posibilidad de acordar cláusulas unilaterales era factible siempre y cuando se observaran las restricciones impuestas por el legislador al principio de autonomía de la voluntad. Además, subrayaba que este tipo de

convenios son admisibles, ya que no están prohibidos en el ámbito del Derecho Privado y encuentran su origen en la autonomía de la voluntad.

Al respecto, expresó,

Con otras palabras, resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral o la liquidación unilateral del contrato, entre otros, siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraría el orden público. (Fallo 00554 de 2017, Consejo de Estado, Sección Tercera)

En conclusión, la naturaleza de la cláusula excepcional de terminación unilateral, como acto administrativo expedido como mecanismo de control administrativo que busca proteger y lograr los fines estatales a través de los contratos del Estado, tiene su fundamento en la necesidad de las entidades estatales de garantizar la prevalencia del interés general sobre el particular, de conseguir los fines esenciales estatales y de prevalecer la efectiva y eficiente prestación de los servicios que se realiza en colaboración con los terceros contratistas, y dicha facultad de exorbitancia solo puede ser utilizada cuando su fin es favorecer el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

¿Obedece la terminación unilateral del contrato estatal a un ejercicio sancionatorio o a un mecanismo de control administrativo para el cumplimiento de los fines estatales a través del Contrato Estatal?

Ejercicio Sancionatorio	Mecanismo de control administrativo para el cumplimiento de los fines estatales a través del Contrato estatal
	<p>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 850012331000030901, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 29 de Agosto de 2007.</p> <p>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 16372, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 23 de abril de 2009.</p> <p>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483), C.P. Stela Conto Díaz del Castillo; 06 de Abril de 2011.</p> <p>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 85001-23-31-000-2000-00198-01(20968), C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 09 de Mayo de 2012.</p>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Sentencia 68001-23-31-000-2011-00554-01 (57.394), C.P. Jaime

Orlando Santofimio Gamboa; 19 de julio de 2017.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Sentencia 68001-23-31-000-2003-01342-01(39536). C.P. Carlos

Alberto Zambrano Barrera, 10 de Noviembre de 2017.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Sentencia 85001-23-31- 001-2008-00076-01, C.P. Alberto Montaña

Plata; 19 de junio de 2019.

Por su parte y en referencia a la caducidad como cláusula excepcional, en primer momento la Sentencia con número de radicado: 219313525000-23-26-000-2009-00200-0145121 del 22 de noviembre de 2021, la cual aborda la siguiente pugna,

El Instituto Distrital de Patrimonio Cultural declaró la caducidad del contrato No. 089 de 2007, toda vez que entregó los componentes de diseños y estudios técnicos, pero omitió presentar el presupuesto de obra de conformidad con las indicaciones realizadas por la interventoría. (Consejo de Estado, 2021)

Al respecto, la entidad actora refiere en la demanda ante el Tribunal Administrativo, que se vulneró el principio del debido proceso, aduciendo que no se dio claridad frente a las condiciones topográficas y de infraestructura del área a construir, lo que ocasionó las demoras y los incumplimientos recurrentes. Por su parte, el accionado manifestó que el pliego de condiciones presentaba de manera clara las condiciones de referencia y que las mismas estaban inicialmente pactadas, lo que no resquebraja el equilibrio contractual ni se constituye en un cambio o afectación a la ecuación financiera del contrato.

La discusión además se centra en preponderar los momentos oportunos en los cuales una entidad puede decretar o no el incumplimiento, en este entendido este fallo acogió la jurisprudencia del Consejo de Estado desde el 2001 en cuanto a la aplicación de la cláusula. En ella se establece que el marco legal de la Ley 80 de 1993, debe complementarse con los preceptos institucionales sobre la expedición de actos administrativos. Es decir,

El poder de dirección y control sobre la ejecución del contrato legitima el poder de sanción a lo largo de toda la duración del mismo. Por consiguiente, la prerrogativa de aplicar la cláusula de caducidad existe no solo durante el plazo de ejecución de las obligaciones contractuales, sino también hasta el momento de la liquidación del contrato. (Consejo de Estado, 2001)

Esto vislumbra el criterio jerárquico de la administración frente a la relación contractual con particulares. En ese sentido, el fallo del 1 de junio de 2015 con radicado 208325025000-23-

26-000-1999-02244-0128950 y magistrada ponente Olga Mélida Valle de la Hoz, abordó el siguiente caso,

La parte actora señaló la inconformidad con la sentencia de primera instancia. En primer lugar, en lo atinente a la declaratoria de la caducidad, pues insiste que esta se decretó con violación al debido proceso, pues señala que nunca se le permitió conocer y controvertir las acusaciones de la administración. (Consejo de Estado, 2015)

En este precedente se estudió por parte de esta corporación, las consecuencias emergidas de una declaratoria de caducidad en etapa de liquidación del contrato, como también las posibles responsabilidades que se desprenden de una resolución indebidamente motivada frente al incumplimiento.

Con respecto al caso se denota un incumplimiento en las obligaciones por parte del contratista, el cual ocasiona la interrupción de los propósitos administrativos referidos a la obra pública. En este entendido, el actor cuestiona el proceder de la entidad estableciendo que las acciones con relación a la caducidad fueron impuestas en la etapa de liquidación y no se fundamentó los diferentes cambios al equilibrio financiero, cuando los precios de los insumos para la obra fueron imprevistos, afectando los intereses del contratista, el cual a su vez aduce que informó de manera temporánea a la oficina jurídica.

Frente a la discusión, la entidad establece que las motivaciones respecto al incumplimiento no son intempestivas y agotaron las diferentes instancias internas y requerimientos precisos para que el particular cumpliera lo que estaba incluido en el pliego de condiciones. En su defensa también refiere que la atribución exorbitante se puede ejercer en cualquier momento del contrato, ya que su propósito es defender los intereses patrimoniales del Estado.

Es aquí, donde las discusiones más importantes adheridas a la caducidad sobresalen y se ubican en lo reconocido como afectación al equilibrio financiero. Tanto en el precedente de 2021 y 2015 la parte sancionada aduce que las afectaciones tanto temporales que ocasionan el no cumplimiento por fuerza mayor o caso fortuito, como también las originadas a cambios imprevistos en precios, deben ser tenidos en cuenta como hechos generadores de perjuicios de tipo patrimonial, que ocasionan la no conclusión de las labores asignadas y que deben ser tenidos en cuenta a la hora de soportar posibles ampliaciones en los términos y plazos dispuestos en la relación bilateral.

Para comenzar, es importante señalar que constituye una regla contenida en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, que estipula que en los contratos estatales debe salvaguardarse la igualdad y la equivalencia entre los derechos y, entre las obligaciones que surgen al momento de contratar. (Naranjo, 2018, p.53)

Esta discusión soporta amplios espectros de interpretación. La primera establece el papel de las entidades a la hora de defender los intereses frente a la prestación de un servicio público y por otra en los intereses particulares cuando se expide un acto administrativo.

En la primera la Ley y lo establecido por las exhortaciones constitucionales obligan a que las actuaciones estén dotadas por una presunción de legalidad, lo que implica que las decisiones bajo los preceptos de descentralización y desconcentración administrativa cumplan con el debido proceso y, ante todo, sean acordes a las condiciones internas y externas frente al desarrollo de una prestación de un servicio público. En este aspecto los principios de la solidaridad social y la confianza legítima entran en juego, ya que la relación contractual regida en materia del Estado debe soportar cargas de presión y que deben ser controladas por cada entidad en representación

de ese mismo Estado, tratando de buscar dirimir los conflictos de forma adecuada sin poner en juego los objetivos comunes dispuestos a garantizar esa prestación del servicio.

En segunda medida, entendida como cargas positivas de los contratistas deben entenderse como las obligaciones que se anteponen para él a la hora de participar en los procesos de selección, donde implícitamente acepta cuando se le adjudica un contrato a responder por lo que se encuentra establecido e inmerso en él, cumpliendo a cabalidad con los límites temporales y las posibles asignaciones que proponga la entidad, como representante del interés supremo general. Así mismo, esta carga que asume también está sometida a las garantías que ofrezca el Estado para cumplir con estos objetivos y que, si cambian en el desarrollo del mismo, debe informarse y acordar salidas conjuntas, bilaterales y no asumir posiciones beligerantes que usan de forma irresponsable los preceptos de la buena fe.

Otro de los antecedentes de gran importancia frente a la discusión de caducidad como ejercicio exorbitante o excepcional se ubica en la sentencia del 25 de agosto de 2011, con número de radicado 200904825000-23-26-000-1993-08365-0114461 y magistrado ponente Danilo rojas Betancourt, la cual dirime el siguiente conflicto aducido a la caducidad como cláusula exorbitante.

En los contratos administrativos regulados por el Decreto 222, resultaban de obligatoria inclusión las cláusulas de caducidad administrativa, sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales, garantías, multas, cláusula penal pecuniaria, y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar (art. 60). (Consejo de Estado, 2011)

En este fallo marcó una un hito frente a la interpretación de lo que se concibe como cláusulas exorbitantes y declaración de caducidad por entidades públicas. Frente a la discusión esta corporación establece que sumado a los elementos sustanciales que deben amparar la

declaratoria de caducidad, esta debe disponer a través de la acción legal las diferentes acciones u operaciones administrativas que encaminan la recuperación de rubros económicos, cargando a las entidades como las que vigilan y mantienen la cautela del interés general, evitando detrimentos patrimoniales.

Frente a esto, este fallo hace un recorrido sobre las diferentes acciones y sanciones que se desprenden de la declaratoria de caducidad. En una primera medida ubica la referencia en torno a la protección financiera que debe propiciarse por la aseguradora cuando se presente la declaratoria de siniestro. Aquí se hace imperante el papel jurídico de la entidad para solicitar el pago de los perjuicios y rubros asignados por la entidad en el marco del contrato estatal, independiente de la acción de repetición que establezca la aseguradora en contra del contratista que generó el llamado siniestro; la cual dispone que el asegurador una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.

Así mismo, es menester dentro del marco de acciones de Ley que se hagan efectivas las cláusulas penales, multas y sanciones pecuniarias dispuestas en el pliego, con el fin de evitar la vulneración de intereses patrimoniales del Estado y de cada entidad, fin que es de obligatorio cumplimiento por parte de los servidores en representación de estos intereses y que debe ajustarse a los criterios y exhortaciones constitucionales y de Ley.

Siendo la cláusula penal, en Colombia una prestación con carácter pecuniario y funciones de apremio, que deviene del acuerdo de las voluntades de los contratantes y por medio de la cual los extremos del contrato deciden someterse a la imposición de una sanción en caso del incumplimiento total o parcial de las obligaciones a su cargo (Angarita y Gonzales, 2020).

Por tal razón, los autores referidos destacan la potestad que tiene la Administración Pública, a través de su facultad sancionatoria para mediante el ejercicio de su poder estatal, garantizar los intereses generales y el orden público, haciendo efectivas las cláusulas penales pactadas en los contratos del Estado, de conformidad con lo establecido en la Ley 1150 de 2007, respetando el debido proceso de los contratistas.

Por otra parte, las multas y sanciones pecuniarias, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1474 de 2011 y artículo 86 de la Ley 1150 de 2007, establece que,

Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.”, ... “con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Para el Consejo de Estado, la existencia de cláusulas de cohorte exorbitante se hace sumamente importante para el cumplimiento efectivo de los fines del Estado, ya que la relación suscitada en las relaciones contractuales requiere un efectivo control para garantizar el interés colectivo. En este sentido, la Ley 80 de 1993 dota de estas facultades a las entidades, con el fin de garantizar la efectiva prestación de los servicios públicos y para garantizar que se cumplan cuando se requiere la adjudicación de estas actividades a personas naturales o jurídicas que acceden a la contratación pública.

La obligación no cumplida que genere la culminación del contrato debe ser grave y primordial dentro de este. (...) Esta oportunidad para declarar la caducidad debe ser motivada por medio de un acto administrativo en el que se expresen las causales y se adjunten los actos anteriores donde la Administración manifieste su voluntad respecto al incumplimiento de las formalidades estipuladas; si no se soporta de esta forma el acto administrativo se declara la nulidad del acto. (Solarte, s.f., p.21)

¿Obedece la caducidad del contrato estatal en un ejercicio sancionatorio o mecanismo de control administrativo para el cumplimiento de los fines estatales?

Ejercicio sancionatorio	Mecanismo de control administrativo para el cumplimiento de los fines estatales
Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 219313525000-23-26-000-2009-00200-0145121 del 22 de noviembre de 2021	
Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia 208325025000-23-26-000-1999-02244-0128950 del 1 de junio de 2015. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz	
Consejo de Estado. Sala de contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia 200904825000-23-26-000-1993-08365-0114461 del 25 de agosto de 2011. C.P. Danilo rojas Betancourt	
Consejo de Estado. Sala de contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia 50422-23-31-000-1369-01 (17.031) del 20 de noviembre de 2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio	

2.2.5 Diferencias y semejanzas entre las cláusulas excepcionales de terminación unilateral y caducidad del contrato estatal

Si bien existen criterios dispuestos por la Ley frente a la naturaleza de las cláusulas excepcionales. Al tratarse de aquellas que son un mecanismo de control administrativo con consecuencias gravosas para un contratista, es decir las que ponen fin a una relación contractual, tanto la Corte Constitucional Colombiana ha avanzado en el reconocimiento de derechos asociados a garantías fundamentales, como también el Consejo de Estado en sus actuaciones ordinarias ha consolidado precedentes frente a la verificación de los supuestos establecidos por el legislador. Ambas instituciones han abordado las garantías del debido proceso frente a un fenómeno jurídico que afecta intereses patrimoniales para el mismo Estado y para particulares.

La caducidad es una figura de orden público, mientras que la terminación unilateral puede ser prevista por las partes o ser una facultad otorgada por la Ley. Así mismo, la caducidad opera contractualmente en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista, que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y puede darse por tanto, en cualquier tiempo durante el plazo de ejecución contractual estipulado por las partes, la terminación unilateral, no está ligada expresamente a un incumplimiento del tercero contratista, sino que se presentan otras posibilidades como lo son: razones de orden público o de primacía de atención a los servicios públicos, muerte de la persona natural o incapacidad física permanente que le impida ejecutar el contrato, entre otras.

Adicionalmente, tanto la caducidad como la terminación unilateral del Contrato Estatal, de conformidad con el Artículo 14 de la Ley 80 de 1993, solo se pactarán en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la

explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra y opcionalmente se podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

Al ser una discusión amplia, la referida a la declaración de la caducidad en los contratos estatales, es necesario situar que las decisiones de índole administrativa están sujetas a control jurisdiccional a través de controversias contractuales en lo contencioso administrativo. Si bien existen criterios encontrados alrededor de la forma en cómo se ejerce en control por vía judicial al generarse un acto administrativo que termina la relación contractual y en el cual operan los términos de caducidad, la Ley 80 de 1993, establece que todas las decisiones emergidas de las decisiones administrativas son sujetas a controversias contractuales por la administración de justicia.

La jurisprudencia, ha marcado uno de los avances de interpretación más importantes frente a lo concerniente a las cláusulas exorbitantes, la declaratoria de caducidad y terminación unilateral y su relación frente a los preceptos de imputación asociados a derechos que se lesionen posterior al uso de estas atribuciones dispuestas por la Ley 80 de 1993.

Para determinar estos aportes de la jurisprudencia, es necesario retomar lo establecido en el presente análisis, en primera medida situando a la caducidad como un mecanismo subrogado a las entidades públicas para garantizar el efectivo cumplimiento de los fines esenciales del estado bajo la prestación de un servicio público que está marcado a un aspecto sancionatorio y por otro lado la terminación unilateral como un medio utilizado por los agentes del Estado para garantizar la efectividad de los cumplimientos de los fines estatales, a través del Contrato Estatal.

Es necesario mencionar que estas atribuciones dispuestas como exorbitancia fueron creadas para romper la conmutatividad de las cargas contractuales cuando se presente un hecho lesivo que afecte el desarrollo de la prestación de un servicio público determinado y encausado

por conducto del estatuto de Contratación de Colombia. Ambos escenarios tanto en la caducidad y la terminación unilateral predisponen la necesidad de a través de prerrogativas motivar decisiones de coorte unilateral a través de actos administrativos que rompen con esa igualdad de las contraprestaciones del contrato estatal.

Así mismo, la ruptura del principio de igualdad sometido a las disposiciones exorbitantes de la administración, presuponen que las decisiones estén surtidas bajo presupuestos de la buena fe objetiva, garantizando el mandato legal otorgados por la Ley 80 de 1993 y los diferentes estatutos de contratación que se desprenden de ella.

La Autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad y terminación unilateral por parte de la administración, son un claro ejemplo de esta situación en las que la Ley dota a la administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas. (Corte Constitucional, C-400, 1999)

2.2.6 Conclusiones en relación con los controles jurisdiccionales de las cláusulas excepcionales de caducidad y terminación unilateral del contrato estatal

A través de reiterada jurisprudencia se ha verificado que para el control jurisdiccional de los actos administrativos relacionados con la caducidad y terminación unilateral del contrato estatal, es competente la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, quien es la encargada de velar porque dichos actos administrativos sean expedidos dentro de unos fundamentos de hecho y de derecho que permitan garantizar el derecho fundamental del debido proceso a los contratistas afectados por la aplicación de las facultades de exorbitancia de las entidades estatales, pues de no ser de así, se estaría ante una posible responsabilidad del Estado, que tiene como fundamento el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

Si bien las cláusulas exorbitantes o excepcionales se encuentran ampliamente desarrolladas de manera taxativa, es necesario reconocer los posibles rezagos existentes dentro de la otra parte de la ecuación contractual, referida a las personas naturales o jurídicas que acceden a las diferentes modalidades de contratación, agotando el principio de libertad de concurrencia enmarcado por la ley.

De igual forma es importante concluir que las cláusulas excepcionales, como ejercicio de la potestad o poder de exorbitancia con el que cuenta las entidades estatales tienen límites constitucionales y legales dentro de la garantía de los derechos fundamentales y dentro del debido proceso, tales como los límites temporales, formales y la sustanciación adecuada de la motivación expuesta para el uso de las posibles situaciones que derivan en la aplicación de cualquiera de dichas cláusulas por parte de la entidad estatal.

La terminación unilateral, es definida entonces como un mecanismo de control administrativo para la consecución de los fines estatales a través del contrato estatal, es decir que su aplicación está sujeta a la garantía de la efectiva prestación del servicio público, respetando siempre el debido proceso de la parte débil de la relación contractual, pues sus consecuencias son negativas una vez se encuentre ejecutoriado el respectivo acto administrativo.

La caducidad, por su parte se entiende como un ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, ante los incumplimientos de las obligaciones del contratista, quien al suscribir y aceptar las condiciones contractuales se obliga con la entidad a prestar el respectivo bien o servicio, por tal razón, al infringir cualquiera de los convenios pactados, el estado está en la obligación de sancionar y hacer usos de dicha cláusula que afecta al contratista, y no es de carácter facultativo, pues es un deber del Estado prevalecer el interés común y los fines esenciales del Estado.

Las cláusulas excepcionales referidas, al ser producto de situaciones que se derivan dentro de la ejecución de un contrato estatal, se controlan a través del medio de Control de Controversias Contractuales, dentro del cual se puede exigir diferentes pretensiones, como la nulidad del acto administrativo que declara la terminación unilateral o la caducidad y el restablecimiento del derecho del contratista afectado, junto con la reparación de los daños ocasionados al mismo, sin que deba confundirse con los medio de Control de Nulidad y restablecimiento del Derecho y reparación directa, pues es importante recordar que la terminación unilateral debe declararse antes del vencimiento del plazo del contrato estatal y la caducidad, ante el incumplimiento de las obligaciones en vigencia del mismo.

Los medios de control, son entonces una herramienta que tienen las partes de la relación contractual, para que se les garantice en vía contencioso administrativa la prevalencia del derecho fundamental al debido proceso y se le revise en dicha jurisdicción las razones por las cuales se ha declarado una sanción o se ha manifestado una voluntad que afecte de manera directa sus intereses dentro del contrato estatal, que conlleva a inhabilidades futuras con diferentes entidades estatales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (2007). Teoría de los derechos fundamentales – Segunda edición, tr. Carlos Bernal Pulido (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), ps. 67-68.
- Amaya Rodríguez, C. F. (2020). La selección objetiva en la contratación estatal: una limitación al principio de la autonomía de la voluntad de la teoría general del negocio jurídico. *Revista Temas Socio Jurídicos*, 39(78).
<https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/3833>
- Arias García, F. (2013). Estudios de derecho procesal administrativo. Universidad Santo Tomas. Bogotá. Colombia.
- Atehortúa, C. A. (2010). Servicios públicos domiciliarios.
[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwigpKK13OyCAxU6fjABHccOD9QQFnoECB4QAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5617428.pdf&usg=AOvVaw3bp_0qr4nJiKhKra_UrDi&opi=89978449%20\(2010\)](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwigpKK13OyCAxU6fjABHccOD9QQFnoECB4QAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5617428.pdf&usg=AOvVaw3bp_0qr4nJiKhKra_UrDi&opi=89978449%20(2010))
- Bahamón Jara, M. L. (2018). Elementos y presupuestos de la contratación estatal. Bogotá: Universidad Católica de Colombia. *Jus Público*, (26).
<https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/25a8f811-f0ab-4e71-a56c-f48033208cea/content>
- Benavides, J. L. (2008). ¿Existen aún prerrogativas públicas en el contrato administrativo?
<https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/b9e580a1-8892-4ca0-8e83-ab05cc96ecfa/content>
- Betancourt Jaramillo, C. (1992). Derecho procesal administrativo. Medellín.

- Betancur, G. L. (2015). La contratación estatal - una visión desde el derecho privado hacia lo público en Hincapie, Muñoz, Rendón (2017), "Las cláusulas excepcionales en la contratación estatal". *Revista Nuevo Derecho*, 13(21).
<http://bibliotecadigital.iue.edu.co/bitstream/20.500.12717/2649/1/1012-Texto%20del%20art%C3%ADculo-4655-1-10-20200910.pdf>
- Bulté Fernández, J. (2003). *Filosofía del Derecho*, Segunda Edición, Editorial Félix Varela, La Habana.
- Carvajal, A. y González, T. (2020). La cláusula penal: Su aplicabilidad y tratamiento en los contratos estatales.
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/11887/ARTICULO%20ESPECIALIZACION%20DEFINITIVO.pdf;sequence=1>
- Cassagne, J. (2017). Las potestades y derechos en la contratación pública. En Rodríguez Arana, J., Delpiazco, Carlos., Rodríguez, O., Castaños, S. y Rodríguez Martín Retortillo, M. (Eds). *Bases y Retos de la Contratación Pública en el Escenario Global* (pp. 947-959). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Castillo, S. M. (2021). De la Facultad para pactar Cláusulas de Terminación Unilateral del Contrato por parte de las Entidades Estatales exentas del Régimen de Contratación Pública.
https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/29907/SaraMelissa_%20CastilloVelasquez_2021.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Colombia Compra Eficiente. (2016, 24 de junio). ¿Cuáles son los requisitos de perfeccionamiento y de ejecución del contrato estatal? <https://colombiacompra.gov.co/content/cuales-son-los-requisitos-de-perfeccionamiento-y-de-ejecucion-del-contrato-estatal>

Colombia Compra eficiente. (2021). Concepto C -123 de 2021, SUBASTA INVERSA – Concepto – Normativa / SUBASTA INVERSA – Licitación pública / SUBASTA INVERSA – Selección abreviada – adquisición de bienes y servicios de características técnicas y uniformes de común utilización / SUBASTA INVERSA – Procedimiento.

Colombia Compra eficiente. (2023). Concepto C – 015 de 2023, LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Definición – Objetivo – Normativa – Oportunidad / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Garantía única de cumplimiento – Amparos / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Garantías – Vigencia – Liquidación.

Colombia Compra Eficiente. (s.f.). Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado. G-EFSICE-01. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_para_el_ejercicio_de_las_funciones_de_supervision_e_interventoria_de_los_contratos_del_estado.pdf.

Congreso de la República de Colombia. (16 de julio de 2007) [Ley 1150 de 2007]. Do. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Congreso de la República. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/Ley_1150_2007.html

Congreso de la República de Colombia. (2011) [Ley 1474 de 2011]. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Bogotá D.C., Colombia. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=43292

Congreso de la República de Colombia. (1993) [Ley 80 de 1993]. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá D.C., Colombia.

https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=304

Consejo de Estado. Sentencia C-454/94. (1994). Terminación unilateral de contrato de trabajo-Incapacidad Física. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Obtenido de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-454-94.htm>

Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa - Sección tercera, CP. Jesús María Carrillo Ballesteros, Sentencia No. 8385 , de 02 de febrero de 1996,.

Consejo de Estado. (1998). Contratación Estatal.
[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/94/S3/85001-23-31-003-1998-00070-01\(18836\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/94/S3/85001-23-31-003-1998-00070-01(18836).pdf)

Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa - Sección tercera, CP. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia No. 10264 ,de 13 de septiembre de 1999.

Consejo de Estado, Sentencia No. 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037). Sala Contenciosa Administrativa - Sección tercera, de 19 de Julio de 2001. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=13311>

Consejo de Estado, Sentencia No. 25000-23-26-000-1999-00744-01(25740). Sala Contenciosa Administrativa - sección tercera, de 2 de febrero de 2005. Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez. <https://vlex.com.co/vid/-52527277>.

Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa - Sección tercera, Sentencia No. 25000-23-26-000-1994-00448-01(14392), de 10 de noviembre de 2005, CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 85001233100 0030901, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 29 de agosto de 2007.

Consejo de Estado, Sentencia No. 15324. Sala Contenciosa Administrativa - sección tercera, de 29 de agosto de 2007. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/F85001233100019960030901S3%20\(15324\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/F85001233100019960030901S3%20(15324).pdf)

Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa - sección tercera. Sentencia No. 05001-23-31-000-1995-00424-01(16503), de 03 de diciembre de 2007, CP. Ruth Stella Correa Palacios.

Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa - sección primera, CP. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Sentencia No. 25000-23-24-000-2002-00583-01, de 10 de abril de 2008.

Consejo de Estado (39800). (2008). Acción de controversias contractuales / contrato de obra pública / empresa de servicios públicos domiciliarios / nulidad del acto administrativo / terminación unilateral del contrato estatal / falta de competencia en la expedición del acto administrativo / acto de declaración de existencia del siniestro – improcedente.
[https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/85001-23-31-001-2008-00076-01\(39800\).htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/85001-23-31-001-2008-00076-01(39800).htm).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 16372, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 23 de abril de 2009.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia No. 23001-23 -31-000-1999-00291-01(19483), C.P. Stela Conto Díaz del Castillo; 06 de Abril de 2011.

Consejo de Estado, Sentencia 17767 de 2011.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=46603>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 85001-23-31 -000- 2000-00198 -01(20968), C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 09 de Mayo de 2012.

Consejo de Estado. Sentencia C-620/12. (2012). Protección constitucional de la empresa a través de los procesos de reorganización. C.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-620-12.htm>

Consejo de Estado, Sentencia No. 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489). Sala Contenciosa Administrativa - sección tercera, de 28 de mayo de 2012. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/105/S3/07001-23-31-000-1999-00546-01\(21489\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/105/S3/07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).pdf).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia de veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), radicación número 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489), C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Disponible en:
[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/105/S3/07001-23-31-000-1999-00546-01\(21489\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/105/S3/07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).pdf)

Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa - sección primera, CP. Augusto Baquero Rodríguez, Sentencia No. 25000-23-24-000-2007-00345-01, de 18 de julio de 2012.

Consejo de Estado, Sentencia No. 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642). Sala Contenciosa Administrativa - SECCIÓN TERCERA, de 24 de Julio de 2013. Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/131/S3/05001-23-31-000-1998-00833-01\(25642\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/131/S3/05001-23-31-000-1998-00833-01(25642).pdf)

Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa - sección primera, CP. Enrique Gil Botero, Sentencia No. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697), de 24 de octubre de 2013.

Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa - sección primera, Sentencia No.11001-03-24-000-2011-00271-00, de 18 de junio de 2015.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 11001-03-26- 000-2014-00063-00 (51113), C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; 2 de mayo de 2016.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 05001-23-31- 000-2003-04466-02, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 20 de febrero de 2017.

Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa - sección tercera, CP. Martín Bermúdez Muñoz, Sentencia No. 110010326000200900034 00 - Consejo de Estado -, de 18 de noviembre de 2019.

Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa - sección cuarta, CP. Stella Jeannette Carvajal Basto, Sentencia No. 66001-23-31-000-2010-00028-011 (22239), de 12 de diciembre de 2018.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 68001-23-31-000-2003-01342-01(39536). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, 10 de Noviembre de 2017.

Consejo de Estado. (2017). Fallo 00554 de 2017. Sección tercera. Subsección C. Consejero

Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=72706&dt=S>

Consejo de Estado, Sentencia No. 11001 03 26 000 2018 00061 00 (61463). Sala Contenciosa Administrativa - sección tercera, de 20 de febrero de 2019. Consejero ponente: Carlos

Alberto

Zambrano

Barrera.

[https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/11001-03-26-000-2018-00061-00\(61463\).htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/11001-03-26-000-2018-00061-00(61463).htm).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 85001-23-31- 001-2008-00076-01, C.P. Alberto Montaña Plata; 19 de junio de 2019.

Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C- Sala Contencioso Administrativa, Sentencia No.52001-23-33-000-2016-00340- 01 del 21 de Octubre de 2021.

Corte Constitucional, M.P. Antonio Barrera Carbonell, Sentencia No.C-230/95.. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-230-95.htm>.

Corte Constitucional [CC], 2003 M.P: Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia C-384 de 2003. [https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2003/C-384-03.htm#:~:text=\(julio%2018\)-,por%20la%20cual%20se%20crean%20el%20Sistema%20de%20Informaci%C3%B3n%20para,y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones](https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2003/C-384-03.htm#:~:text=(julio%2018)-,por%20la%20cual%20se%20crean%20el%20Sistema%20de%20Informaci%C3%B3n%20para,y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones).

Corte Constitucional [CC], agosto 23, 2006 M.P: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia SU-713 del 23 de agosto de 2006. <https://blog.legis.com.co/juridico/etapas-contratacion-estatal>.

Corte Constitucional [CC], noviembre 29, 2006. M.P: Jaime Araujo Rentería. Sentencia: C-993 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-993-06.htm>

Corte Constitucional [CC], 2012. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia C-613 de 2012 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-163-20.htm>

Corte Constitucional [CC], 2012. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia C-300 de 2012.

- <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-300-12.htm>
- Corte Constitucional [CC],2012. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza. Sentencia C-618 de 2012
Martelo. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84416>
- Corte Constitucional [CC],2012. M.P: Mauricio González Cuervo. Sentencia C-711 de 2012.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-711-12.htm>.
- Corte Constitucional [CC], agosto, 2016. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub Sentencia SU-449
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU449-16.htm>
- Corte Constitucional [CC],2019. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia C-306
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-306-19.htm>.
- Corte Constitucional [CC],2020. M.P: Diana Fajardo Rivera. Sentencia SU-146
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de agosto de 2011, magistrado ponente
William Namén-Vargas, ref. 11001-3103-012-1999-01957-01. <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/-316765778>
- Cuello Iriarte, G. (2004). Medios de impugnación en el derecho administrativo. Vía gubernativa.
Universitas, (107). Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia.
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2018, 26 de diciembre). Manual de
Contratación. Versión 13.
- Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto 384761 de 2022.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=200747>
- Departamento Nacional de Planeación [DNP]. (2020). Planeación. [Página Web]. Agencia
- Expósito Vélez, J. C. (2013). Forma, formalidades y contenido del contrato estatal. Serie Derecho
Administrativo. <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-forma-formalidades-y-contenido-del-contrato-estatal-9789587905472.html>

Fernández, I. M. (2015). Manual de derecho procesal administrativo y contencioso administrativo.

Armenia Quindío: Editorial Universitaria Universidad la Gran Colombia seccional Armenia.

Güechá Torres, J. (2017). Los principios de la contratación estatal: una mirada desde la comparación entre el equilibrio económico y financiero y la igualdad de las partes en el contrato. <https://repository.urosario.edu.co/server/api/core/bitstreams/27ca0f3d-d04f-411d-8ac2-0233d7dfd9c3/content>.

Güechá Torres, Jessica. (2017). Los principios de la contratación estatal: una mirada desde la comparación entre el equilibrio económico y financiero y la igualdad de las partes en el contrato. <https://repository.urosario.edu.co/server/api/core/bitstreams/27ca0f3d-d04f-411d-8ac2-0233d7dfd9c3/content>.

Güechá, C. N. (2006). Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. Opinión Jurídica, 5(10), 33-47.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302006000200002

Ibarra Calle, C. D., Munera, J. y Montoya, G. (2015). Capacidad y competencia en la contratación pública. Artículo de Trabajo de Grado, Institución Universitaria de Envigado.
http://bibliotecadigital.iue.edu.co/bitstream/20.500.12717/1325/1/iue_rep_pre_der_garcia_2015_capacidad_competencia_art.pdf

Londoño García, J. A. (2022). Autotutela ejecutiva en Colombia: Una lectura desde el estado social de derecho y el principio de legalidad.
<https://repositorio.ucaldas.edu.co/bitstream/handle/ucaldas/18120/AUTOTUTELA%20EJECUTIVA%20EN%20COLOMBIA%20UNA%20LECTURA%20A%20PARTIR%20>

DEL%20ESTADO%20SOCIAL%20DE%20DERECHO%20Y%20EL%20PRINCIPIO
%20DE%20LEGALIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Martínez Rivera, Marina. (2014). El error vicio del consentimiento. Área de Derecho Civil, Madrid. Julio de 2014. <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/1420/retrieve>

Martínez y Roa. (2017). Contratación para los servicios de salud. ECOE Ediciones; First Edition

Molano, M. (2010). Los sujetos de la contratación estatal y su régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses. Bogotá D.C. Colombia. Nueva Jurídica.

Moreno Pérez y Calvo González. (2005). León duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación. ReDCE, nº 4, Julio-diciembre de 2005, 483-547. <https://www.ugr.es/~redce/REDCE4pdf/18.%20Jose%20Luis%20Monereo.pdf>

Munera, J., Ibarra, C. y Montoya, G. (2015). Capacidad y competencia en la administración Pública. Artículo de trabajo de Grado. Institución Universitaria de Envigado. (2015). https://bibliotecadigital.iue.edu.co/xmlui/bitstream/handle/20.500.12717/1325/iue_rep_pre_der_garcia_2015_capacidad_competencia_art.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Nacional de Contratación Pública. <https://www.colombiacompra.gov.co/ciudadanos/preguntas-frecuentes/planeacion>.

Osorio, N. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador? <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/3687/3869?inline>

Ospina Sepúlveda, R. J. (2010). Principio de la buena fe y responsabilidad de la Administración Pública. *Estudios de derecho*, 67(149). <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/8634>

- Otero, L. F. (2020). Principio de publicidad en la contratación pública en las instituciones educativas públicas de Colombia. Escuela de Administración Pública [ESAP]. <https://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2020/05/Principio-de-Publicidad-en-la-Contrataci%C3%B3n-P%C3%BAblica-en-Colombia.pdf>.
- Oviedo, J. (2019). La cláusula de terminación unilateral del contrato. *Vniversitas*, 138. [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/138%20\(2019-I\)/82559799007/](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/138%20(2019-I)/82559799007/)
- Restrepo Tamayo, J. F. (2020). Del principio de planeación en la contratación estatal: Un análisis teórico y fáctico en el orden jurídico colombiano. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122020000200104
- Sacco, F. (2009). Responsabilidad, responsabilidad social y Responsabilidad social universitaria, Perspectivas de tres conceptos. *Visión gerencial*, 2. <https://www.redalyc.org/pdf/4655/465545881015.pdf>
- Santofimio Gamboa, J. A. (1986). Tratado de derecho administrativo. Tomo II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2017). Compendio de derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia. Santa fe de Bogotá.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2017). Potestad sancionadora de la administración en materia de contratación estatal. XVIII jornadas internacionales de derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia. Santa fe de Bogotá.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2018). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Universidad Externado de Colombia. Santa fe de Bogotá.

- Troncoso, J. A. (2013). Los requisitos esenciales del contrato estatal: su protección penal e incidencia en la corrupción pública. (Tesis de maestría). Universidad Santo Tomás de Colombia en convenio con la Universidad Salamanca de España. Facultad de Derecho. Maestría en Derecho Penal. Bogotá D.C., Colombia.
- Valera Cáceres, Edison Lucio. (2020). La capacidad contractual. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, (13), 777-794. <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/05/RVLJ-13-777-794.pdf>.
- Vidal Perdomo, Jaime. (2019). Derecho administrativo. Decimoquinta edición. Legis editores. Santa fe de Bogotá.
- Yong Serrano, Samuel. (2013). El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación. Tercera edición. Grupo editorial Ibáñez. Bogotá.