

LA CADUCIDAD COMO CLÁUSULA EXORBITANTE DEL CONTRATO ESTATAL Y SU DECLARATORIA POR LA ENTIDAD PÚBLICA

AUTOR: Carlos Andrés Pineda García¹

RESUMEN

El propósito de este artículo es analizar la caducidad como una herramienta del Estado en la actividad contractual, teniendo como soportes de investigación la doctrina y la jurisprudencia colombiana, a través del estudio de teorías de académicos y de sentencias del Consejo de Estado.

Se presenta un análisis conceptual y normativo por medio del cual se logra determinar que la caducidad es una sanción incumplimiento grave de las obligaciones contractuales. En efecto, el Estado como contratante para garantizar la eficacia y la eficiencia de la contratación pública y el funcionamiento de los servicios públicos en forma continua, regular y permanente, procede a hacer efectiva la cláusula contractual y declarar la caducidad cuando se pone en riesgo grave los fines de la contratación estatal y los servicios públicos.

Cabe resaltar que dicho posible incumplimiento debe ser debidamente motivado y la entidad estatal que inicie la declaratoria de caducidad de un contrato debe seguir el debido proceso consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 del 2011, toda vez que, de hacerlo sin seguir esos lineamientos, se estaría encaminando a una indebida y extralimitada potestad estatal, que fácilmente conduciría a interponer un medio de control por parte del contratista en procura del restablecimiento de sus derechos.

¹ Abogado de la Universidad de Antioquia. pinedandi@hotmail.com. Este artículo se presenta para optar al título de Abogado Especialista en Derecho Administrativo.

PALABRAS CLAVE: Caducidad, cláusula exorbitante, contrato estatal, medios de control, Estatuto Contractual.

INTRODUCCIÓN

La cláusula exorbitante del contrato estatal es una herramienta o privilegio que ostenta la administración para dar por terminado un contrato de manera unilateral cuando el contratista incurre en una o varias conductas que de manera severa y directa afecten la ejecución del contrato y conduzcan a una paralización del servicio público en cabeza del Estado.

En atención a esto, la entidad estatal contratante tiene la facultad de declarar la caducidad, apoyándose en leyes como la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 610 del 2000 y demás normativa que le permita finalizar el contrato y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre.

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad determinar, en primera medida, que es la caducidad y realizar un análisis de los antecedentes y regímenes normativos que la regulan.

Posterior a esto, se enfoca la investigación en las causales de declaratoria de caducidad, teniendo como base jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina, lo que conduce a establecer cómo se evalúan dichas causales y cuál es el procedimiento para declararlas por parte del Estado contratante.

La declaratoria de caducidad de un contrato estatal no es un poder ilimitado y es por esto que la interpretación unilateral de esta cláusula conlleva ciertas obligaciones en cabeza del

Estado, con el fin de no producir excesos en la actividad y gestión pública, obligaciones que se estudiarán a la luz de la Ley 80 de 1993 y de la sentencia C-949 de 2001 expedida por la Corte Constitucional.

Para el logro de este objetivo investigativo, se acuden a técnicas de investigación descriptiva, explicativa y documental, tendiente a determinar las características de la cláusula exorbitante en cuestión, analizando jurisprudencia y doctrina que permitan identificar y diferenciar esta institución normativa de las demás prerrogativas que tiene el Estado en materia de contratación pública.

Se procura hacer un análisis concreto de la caducidad para dar paso a determinar si en efecto es una cláusula abusiva y extralimitada o si, por el contrario, es útil para cumplir cabalmente los fines del Estado para con sus ciudadanos.

FUNDAMENTOS BÁSICOS DE LA CADUCIDAD COMO CLÁUSULA EXORBITANTE DE LOS CONTRATOS ESTATALES

La característica principal de las cláusulas exorbitantes en materia de contratación estatal en Colombia se basa en el quebranto de las cargas contractuales, es decir, los principios de igualdad y conmutatividades propias de cualquier contrato en materia civil o comercial no están igualmente determinados cuando se contrata con el Estado.

La razón de esta desproporción alude a que cuando el Estado funge como contratante directa o indirectamente, lo hace en virtud del cumplimiento de los fines y del bienestar público, por lo que se espera un beneficio común y general, mientras que, por otro lado, el contratista solo espera provecho para sí, por lo que su interés no trasciende el interés particular o económico personal o de la sociedad.

Es por esto que la Ley 80 de 1993 estableció unas cláusulas extraordinarias (entre ellas la caducidad) con el fin de cumplir efectivamente los fines propios del Estado y facultó a la entidad pública contratante para declararlas cuando encuentre razonadamente motivos para creer que el contrato no se ejecuta o ejecutó de manera correcta y, por ende, los fines del Estado se están viendo menoscabados.

La caducidad como cláusula exorbitante se define a *grosso modo* como una estipulación contractual, por medio de la cual cuando se presente alguno de los elementos constitutivos de incumplimiento tendientes a afectar de manera gravosa la actividad pública, la entidad contratante a través de acto administrativo adecuadamente motivado da por terminado el contrato y ordena la liquidación del mismo.

Por su parte, el Honorable Consejo de Estado ha definido la caducidad como:

La potestad que tiene la Administración Pública para terminar unilateralmente un contrato y ordenar su liquidación. Como se trata de una potestad, es decir, de una especie de atribución de competencias, su ejercicio tiene limitaciones. Entre los límites está el tiempo *‘rationi temporis’* las autoridades pueden actuar dentro de la oportunidad que ha señalado la ley y, en materia de caducidad de contratos, de ella solamente puede hacerse uso mientras el término de los mismos esté vigente y no después del vencimiento de los plazos pactados. La finalidad de dichas cláusulas y, por lo tanto, de la potestad sancionatoria de la administración contratante, es la misma: el cumplimiento del contrato por razón de interés público que está comprometido en el mismo. Tal finalidad debe

servir como criterio orientador para el ejercicio de la referidas cláusulas, cualquiera sea la naturaleza del contrato²

Es importante determinar que, así se establezca en la ley como una “estipulación” contractual, lejos está de haber un acuerdo de voluntades para su inclusión en los contratos estatales, lo anterior fundamentado en que las cláusulas exorbitantes constituyen un poder o prerrogativa a favor de la administración pública, lo que deja a un lado el principio de igualdad contractual y coloca al Estado en una posición de ventaja frente al contratista. En atención a esto, la Sentencia T-1071 de 2007 determina que:

A diferencia de lo que ocurre cuando la caducidad busca superar situaciones de incumplimiento contractual, la posibilidad de declararla suele extenderse a todo tipo de contratos y existe por ministerio de la ley, más que por efecto de una estipulación bilateral. Por lo demás, en todas estas hipótesis es claro y prevalente el carácter sancionatorio de la medida, situación que en varias ocasiones esta corporación ha encontrado ajustada a la Constitución, siempre y cuando en su aplicación se observen rigurosamente las reglas del debido proceso aplicable a toda actuación administrativa, conforme al artículo 29 superior³

Así las cosas, la caducidad es una potestad con la que goza el Estado para lograr la efectividad de los principios y deberes de la administración pública, en pro de cumplir los fines consagrados en la Constitución Política.

Conforme a lo anterior, el funcionario que supervise un contrato y no ejerza una adecuada vigilancia y control donde se evidencia una grave e irremediable afectación y no eleve a acto administrativo la declaratoria de la caducidad, se encontraría inmerso en una falta gravísima consagrada en el Código Disciplinario Único que en el acápite referido a las faltas gravísimas

² Consejo de Estado, Sección Tercera (27 de marzo de 1996). Expediente 8385. [MP Jesús María Carrillo Ballesteros]

³ Corte Constitucional (12 de diciembre de 2007). Expediente T- 1652277 [MP Nilson Pinilla Pinilla]

situadas en el libro 2º capítulo 1 expresa “declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello”⁴.

El acto administrativo por medio del cual se declara la caducidad reúne un conjunto de exigencias, que desde la doctrina se identifican así:

-Debe estar debidamente motivado, es decir, debe justificar el uso de la facultad excepcional y las condiciones de la liquidación.

-Debe contener un balance de las obligaciones realizadas y pagadas, de las sanciones impuestas al contratista y su valor, y los acuerdos entre las partes.

-Debe ser notificado debidamente al contratista. Esta notificación debe efectuarse del siguiente modo: la notificación debe ser personal, debe ser tanto al contratista como al garante⁵.

Es por eso que la caducidad, al ser un acto unilateral e indiscutible de la administración, solo puede ser dictada en ejercicio de sus poderes legales y no se da en virtud propia del contrato como una cláusula acordada por las partes. En todo caso la procedencia de la caducidad esta mediada por la estipulación en el contrato, en virtud del cual, por virtud del mismo, se puede predicar que la cláusula es conocida y asumida por las partes-evitando consecuencias sorpresivas e inesperadas del contratista.

⁴ Congreso de la República (5 de febrero de 2002) por la cual se expide el Código Disciplinario Único. (Ley 734 de 2002) DO 44.708. Ley derogada, a partir del 29 de marzo de 2022, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019, salvo el artículo 30 que continúa vigente hasta el del 28 de diciembre de 2023

⁵ Escobar, A. B. (2000). *El contrato estatal de obra*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

REGULACIÓN NORMATIVA

Con la expedición de la Ley 80 de 1993 se determinaron las características de la caducidad y sus consecuencias en el artículo 18 que reza:

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

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

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

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento⁶

Pero hay que advertir que la cláusula tiene regulación normativa expresa desde el Decreto 3130 de 1968. En ese momento la caducidad se incorporó a los contratos celebrados por establecimientos públicos, a los celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado y les dio un carácter facultativo en primera medida.

Posterior a esto, se dotó de carácter obligatorio la inclusión de dicha cláusula mediante los Decretos 150 de 1976, Decreto 222 de 1983, Ley 14 de 1991 y Ley 40 de 1993, las cuales

⁶ Congreso de la Republica. (28 de octubre de 1993) por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (Ley 80 de 1993) DO 41.094

constituyen el antecedente de su regulación en las leyes posteriores como la Ley 80 de 1993, Ley 104 de 1993 y demás normas concordantes.

En la actualidad es la Ley 80 de 1993 el pilar de la estructura normativa de la caducidad en materia de contratación estatal –artículo 18-, marco normativo que es de obligatorio cumplimiento cuando el Estado en cabeza de sus entidades, funge como contratante de obras o servicios con el fin de desarrollar la actividad administrativa.

Por otro lado, es fundamental hacer énfasis en otras dos leyes que hacen referencia al tema de la caducidad, leyes posteriores a la Ley 80 de 1993, estas son, en su orden:

- Ley 142 de 1994: Esta ley determina el régimen de los servicios públicos domiciliarios, por tanto, las comisiones reguladoras tienen la facultad de determinar la jurisdicción competente del contrato y la incorporación expresa o tácita en los contratos de obra. En esta medida, establece en el artículo 121 “La Superintendencia podrá pedir a las autoridades competentes, en el evento de toma de posesión, que declaren la caducidad de los contratos de concesión a los que se refiere esta ley”.
- Ley 610 de 2000: Dicha ley Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. En su artículo 61 determina que la autoridad administrativa que declare la caducidad del contrato sugerida por la contraloría puede hacerlo siempre y cuando no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.

CAUSALES DE CADUCIDAD Y SU DECLARATORIA POR LA ENTIDAD ESTATAL

La entidad estatal sustenta la declaratoria de la cláusula exorbitante de caducidad en el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que indiscutiblemente conlleven a afectar de manera grave y directa la ejecución de las actividades para las que se contrató y que demuestre que es inevitable una paralización de dichas acciones tendientes a desarrollar los fines y deberes del Estado.

Doctrinariamente, autores como Palacios Hincapié y Rico Puerta han determinado que existen tres causales fundamentales para promover el fenómeno de la caducidad. Es importante aclarar que para que eso ocurra no basta con que se evidencia una o varias de ellas, sino que se hace estrictamente necesario que concurran las tres.

En ese orden de ideas, las causales de declaratoria de caducidad son:

1. Incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, pero dicho incumplimiento debe tener la capacidad de poner en riesgo los fines para los que se fue contratado y menoscabar servicios públicos e intereses generales.
2. Dicho incumplimiento debe afectar de manera grave, directa, consecuencial e indiscutiblemente la ejecución contractual. Atendiendo a esto, tampoco se trata de un mero retraso o tropiezo en el desarrollo de las obligaciones propias del contrato, sino que el incumplimiento debe tener relación directa e ineludible con el desempeño del contrato.

3. Por último, el tercer elemento para que se configure la caducidad hace referencia a que se evidencie que se puede llegar a la paralización de servicios públicos esenciales.

Ahora bien, hay que hacer énfasis en que dichas causales deben representarse con notoriedad y no como una simple sospecha de un posible incumplimiento de las cláusulas contractuales. Para esto, se requiere una valoración objetiva de los aspectos constitutivos que van a dar lugar a la caducidad con el fin de no hacer un uso arbitrario o desmedido de dicha facultad en cabeza del Estado. De hacerlo sin dicha valoración se puede constituir un acto administrativo antijurídico generador de controversias contractuales en detrimento de las arcas del Estado.

En atención a la importancia de un análisis objetivo de las causales constitutivas de caducidad, Luis Alonso Rico Puerta establece que:

La caducidad exige una verdadera conducta demostrativa a la entidad estatal en lo atinente a sus causales. Una verdadera carga de la prueba se radica en quien tiene el poder excepcional. De allí que las causales deben tipificarse con notoriedad, pues como esta dicho, no obstante ser potestad excepcional, su aplicación no puede ser automática y menos abusiva. “No basta la consagración expresa de ella en los eventos en que es procedente o su contenido es tácito (cuando la ley ordena entenderla incorporada) para legitimar su ejercicio⁷ (Rico Puerta, 2018, p. 820)

Hay aquí que referirse con ahínco a que la declaratoria de caducidad no puede estar sustentado más que en la documentación que obre o que haga parte integra del contrato, en la relación de actas, en las cuentas por pagar y ejecutadas, en la concurrencia de detalles exigidos

⁷ Rico Puerta, L.A. (2018) Teoría General y Practica de la Contratación Estatal. Bogotá, Editorial Leyes Editores.

por la obra, en la observaciones técnicas y legales formuladas por el contratante o interventor, todo esto razonado con el fin de no adoptar una decisión arbitraria y extralimitada.

Por lo anterior, el Consejo de Estado en una sentencia reciente del año 2021, determina las consecuencias de la declaratoria de caducidad para las partes de la siguiente manera:

En razón de lo anterior, la declaratoria de caducidad del contrato da lugar a las siguientes consecuencias: (i) dar por terminado el vínculo negocial sin que haya lugar a indemnización para el contratista; (ii) ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre; (iii) hacer exigibles las garantías por configuración del siniestro del incumplimiento; (iv) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y (v) configura para el contratista la inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas durante 5 años⁸

Conviene distinguir ahora que el tratadista Juan Ángel Palacios Hincapié distingue otras causales diferentes para la caducidad que no tienen que ver con el contrato propiamente dicho, sino que aluden al contratista. En el libro *La Contratación de las Entidades Estatales* establece que:

Desde el punto de vista doctrinal hay un criterio genérico para señalar que “la caducidad es la facultad que tiene la Administración para dar por terminado el contrato, por la ocurrencia de uno de los hechos previstos por la ley – y antes también por el contrato- ya sea por la culpa imputable al contratista o por simples acontecimientos que no obstante se refieren a este, no constituyen incumplimiento del mismo⁹ (Palacios Hincapié, 2020, p. 67)

La línea de investigación y argumentación puede ahora encaminarse a la oportunidad para declarar la caducidad, desarrollada jurisprudencial y doctrinariamente

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. (22 de noviembre de 2021) Expediente 45121. [MP María Adriana Marín]

⁹ Palacios Hincapié, J.A. (2020) *La Contratación de Las Entidades Estatales*. Bogotá, Editorial Lijursanchez.

El Consejo de Estado en el año 2003 por medio de un concepto emitido el día 6 de agosto del año referenciado determinó que:

La potestad sancionatoria del Estado (declaratoria de caducidad e incumplimiento) solo se podrá ejercer dentro del plazo de ejecución del contrato o hasta el vencimiento del plazo de que dispone la administración para ejecutar la liquidación unilateral del mismo como potestad excepcional. Vencido este plazo, aunque pueda realizar la liquidación de mutuo acuerdo, no podrá utilizar potestades unilaterales pues estas tienen un ámbito temporal de competencia precisamente fijada en la ley¹⁰

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, la entidad estatal para declarar la caducidad tiene el momento de la ejecución del contrato, tal y como lo establece Luis Alonso Rico Puerta en su libro Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal.

La doctrina también coadyuva con la determinación de los momentos o plazos para declarar la caducidad, estableciendo que mientras no se haya ejecutado el objeto material del contrato, es posible ejercer esa cláusula en virtud de las potestades exorbitantes del Estado.

Por lo anterior, es menester precisar entonces que existe unanimidad a nivel jurisprudencial y doctrinario acerca del plazo para declarar que la caducidad de por terminado un contrato estatal, de ahí que determine el Consejo de Estado que una vez fenecido el plazo convenido no se acompasa con la finalidad y sentido de esta medida excepcional que debe ser de interpretación.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil (06 de agosto de 2003). Expediente 1453. [Augusto Trejos Jaramillo]

LA CADUCIDAD, SU INTERPRETACIÓN UNILATERAL Y LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

Antes de adentrarnos en los efectos jurídicos de la declaratoria de caducidad, es justo decir que esta debe ser empleada por la entidad estatal como último recurso y que antes de hacerlo, deben haber mediado requerimientos, intervenciones, verificaciones de aspectos como fechas, cronogramas, inversiones, entre otros. La caducidad no debe ser sorpresiva porque de serlo, demuestra una ineficaz supervisión e intervención de los agentes estatales que deben velar por el efectivo desempeño del contrato. Todo eso surge como consecuencia de omisiones, imprudencias, negligencias e incumplimiento de labores y obligaciones por parte del contratista que previo a decretar la caducidad, debería corroborar y sustentar el acto administrativo por multas, sanciones y requerimiento graves y serios que demuestren sin lugar a dudas que el objeto contratado está en peligro de no ser desarrollado.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. (Ley 80, 1993, art. 18)

Volviendo al asunto que nos atañe e insistiendo en la importancia de motivar adecuadamente el acto administrativo que la declara, hay que señalar que seguido a esto, la entidad estatal debe tomar posesión de inmediato de la obra o actividad y en esa medida es

aconsejable proceder a la elaboración de un acta donde se inventarié el estado de la misma, que se realizó, que no, equipos, materiales, empleados, acta que debe ser suscrita en compañía por el interventor, el representante legal de la entidad del Estado y el contratista.

El Consejo de Estado en sentencia de fecha 24 de septiembre de 1998 determinó:

Como puede observarse los artículos 3, 14, 28, 34 y 35 del C.C.A., aplicados en su conjunto integran un procedimiento de imperativo cumplimiento en todas las actuaciones administrativas iniciadas de oficio por la administración, dentro de las cuales estarían por expresa remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 las actuaciones contractuales que adelante la entidad pública contratante y que pueden incidir en la relación contractual. El artículo 77 de la Ley 80 de 1993 señala que las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales, en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de dicha ley.

En los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar su punto de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art 29 de la Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública. Cuando el artículo 50 de C.C.A. establece que ‘contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas’ proceden los recursos en vía gubernativa, significa que el acto definitivo como equivocadamente lo denomina la ley-sería más exacto llamarlo resolutorio- es el resultado de un procedimiento administrativo que previamente tuvo un trámite con intervención de las personas interesadas o afectadas con el¹¹

Por parte del funcionario público, si este llegara a observar la falta gravísima del contratista sin aplicarle la cláusula exorbitante de caducidad que ordena el Estado, se convertiría en otra falta por no denunciar el hecho, tipificado en la Ley 734 de 2002, sobre los deberes:

Denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley 28. Controlar el cumplimiento de las

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. (24 de septiembre de 1998) Expediente 14821. [MP Ricardo Hoyos Duque]

finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por los particulares cuando se les atribuyan funciones públicas. (Ley 734, 2002, art. 34)¹²

Es importante señalar que con la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019 en marzo del presente año, dichos deberes de los funcionarios públicos se conservan sin modificaciones en el artículo 38 de la nueva ley.

Es justo decir ahora que cuando el legislador da la potestad a las entidades estatales de declarar la caducidad para continuar con las obligaciones propias del contrato no le está dando vía libre para que de manera arbitraria e injustificada celebre nuevos contratos bajo el mismo objeto contractual, sino que debe verse bajo la lupa de una herramienta excepcional y de emergencia cuyo uso está supeditado únicamente a impedir la paralización o afectación grave del servicio con prevalencia del interés público general.

Ahora bien, no hay que dejar de lado que el contratista debe continuar con sus labores hasta que el acto administrativo que declara la caducidad no quede en firme. Es por esto que para no agravar las consecuencias jurídicas que seguramente tendrá que padecer, debe dar continuidad y ejecución a los deberes que tenga que desarrollar.

Lo que interesa ahora es referirse a la liquidación del contrato, atendiendo a esto la Sección Tercera, en sentencia proferida el 29 de julio de 1996, dijo:

La liquidación del contrato implica un ajuste de cuentas definitivo, en ella se fija lo que a la terminación del contrato la entidad queda debiendo al contratista o lo que este le quedó debiendo, por causa de las obligaciones cumplidas en desarrollo del contrato; y es evidente que las obras adicionales que acomete el contratista, o las actualizaciones a que puede tener derecho, o los sobre costos producidos en razón de la prórroga del plazo del

¹² Ley derogada, a partir del 29 de marzo de 2022, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019, salvo el artículo 30 continúa vigente hasta el del 28 de diciembre de 2023

contrato, generan créditos a su favor que tienen origen en el contrato mismo y que, por ende, deben ser resueltos en el acta de liquidación¹³

Cuando el acto administrativo se encuentre en firme el paso a seguir de inmediato es la liquidación, y de manera bilateral o unilateral (más adelante se hará hincapié en los efectos de una liquidación unilateral), dicha entrega final deberá contener, entre otros, los siguientes requisitos, como lo determina Rico Puerta:

1. Características del contrato (número del contrato, objeto, valor, plazo, contratista).
2. Suma de dinero entregada como anticipo.
3. Actas mensuales parciales de pago, indicando su valor y amortización del anticipo.
4. Actas de reajuste mensual y amortización del anticipo, si lo hubo.
5. Resumen del anticipo amortizado, indicando si el contratista quedó a paz y salvo o adeuda alguna suma a la entidad estatal.
6. Obra ejecutada por pagar al contratista.
7. Reajustes por pagar al contratista.
8. Inventario de los materiales existentes en la obra.
9. Inventario de la maquinaria y equipo presentes en la obra, indicando su estado y valor aproximado.
10. Valor de la multa, sanciones y clausula penal pecuniario.¹⁴

El fundamento de los anteriores elementos, como lo determina Rico Puerta, deviene de la práctica contractual, en procura de la determinación del estado en que se encuentra el contrato, de las actividades que se hayan realizado hasta el momento, de los saldos a favor o en contra de las contratantes y demás detalles acerca de sumas de dinero, equipos y materiales que resultan ser fundamentales para liquidar el contrato y proceder a estimar el incumplimiento contractual.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera subsección B. (29 de julio de 2011) Expediente 9477. [MP Carlos Betancur Jaramillo]

¹⁴ Rico Puerta, L.A. (2018) *Teoría General y Practica de la Contratación Estatal*. Bogotá, Editorial Leyes Editores página 838.

Atendiendo a la liquidación del contrato posterior a la declaratoria de caducidad, el Honorable Consejo de Estado mediante Sentencia de fecha 18 de noviembre de 2021 estableció que:

La liquidación del contrato estatal tiene por objeto realizar el balance final de las cuentas derivadas de la relación negocial, con el objeto de definir 'quién le debe a quién y cuánto'. En ella deben incluirse los ítems que se adeudan mutuamente las partes para determinar tal saldo. En este acto la entidad contratante no tiene la facultad de determinar los perjuicios que le causó el contratista y que no fueron previamente previstos en una cláusula penal. (...) En los actos administrativos por medio de los cuales el IDEA liquidó unilateralmente los contratos se dejó constancia sobre el incumplimiento (...) y se ordenó el reintegro de lo pagado por concepto de la ejecución de los mismos.

Si el contratista, persona natural o jurídica por medio de sus representantes legales, asumen una actitud negativa en el momento de firmar el acta o participar en la liquidación, el Estado procede de manera unilateral a realizar la liquidación mediante acto administrativo que solo puede atacarse por medio de recurso de reposición.

EFFECTOS SOBREVIVIENTES A LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO

RESOLUCION DEL CONTRATO

La resolución del contrato es la terminación del mismo por incumplimiento de las obligaciones derivadas de este.

La posibilidad la condición resolutoria fue una materia que se dejó por fuera en el ámbito contencioso administrativo, específicamente en la Ley 80 de 1993, por lo que estaría claro que la aplicación de esta se debería hacer con remisión expresa de lo estipulado en el derecho privado.

No obstante, esto, la aplicación de la resolución de los contratos estatales tiene una gran diferencia con los contratos de los particulares.

José Antonio Camargo Galvis determina que: “Desde la órbita de la Administración, valga decir, que en el contratista sea en quien recaiga el incumplimiento de las obligaciones asumidas, no puede exigírsele al contratista el incumplimiento del contrato de manera judicial, toda vez que la administración se encuentra investida por mandato legal de amplias prerrogativas y potestades coercitivas (clausulas excepcionales) y sancionatorias (imposición de multas, exigibilidad de clausula penal) para asegurar la ejecución del objeto contractual, sin acudir al juez”.¹⁵

En atención a lo anterior, vale la pena hacer mención a lo establecido por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de fecha 14 de septiembre de 2000 que dicta:

En la contratación estatal no está prevista la acción de incumplimiento, entendida como aquella orientada a que, ante el incumplimiento de la entidad pública de las obligaciones contractuales a su cargo, puede exigírsele que las cumpla o que el juez ordene la ejecución del contrato, como tampoco cabe exigir el cumplimiento judicial del contratista si fue este el que incumplió el contrato. En el primero de los casos se está frente a una responsabilidad contractual y cabe solicitar al juez que ordene a la administración reconocer y pagar los perjuicios que con su conducta causó al contratista y en el segundo, existen medidas coercitivas y las potestades sancionatorias atribuidas a la administración por la ley para asegurar la ejecución del objeto contractual. Ase se desprende del artículo 87 de C.C.A. cuando señala como una de las pretensiones del contencioso contractual que se declare el incumplimiento del contrato y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios. Esto significa que la aplicación del artículo 1546 del Código Civil que consigna la llamada condición resolutoria tacita en relación con los contratos estatales presenta algunas modificaciones.¹⁶

La característica fundamental de dicha resolución en materia administrativa es que esta puede ser declarada de manera unilateral, sin necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para que opere, diferencia enorme con la resolución aplicada en el sector privado.

¹⁵ Camargo Galvis, J.A. (2011) *¿Es procedente la aplicación de la condición resolutoria de contratos en materia de contratación estatal?* Bogotá. página 7.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera (14 de septiembre de 2000) Expediente 13530. [MP Ricardo Hoyos Duque]

Se puede concluir de lo anterior, que la resolución del contrato en materia de Derecho Administrativo opera exclusivamente de manera unilateral y a favor del Estado, debido al interés público que dichos contratos conllevan.

INHABILIDAD SOBREVINIENTE DEL CONTRATISTA PARA LICITAR O CONTRATAR

La Ley 80 de 1993 determina que quienes hayan dado lugar a la declaratoria de caducidad son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales.

Respecto a la declaratoria de caducidad, es menester dilucidar que no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley, tal como lo dispone el artículo 18 de la Ley 80 de 1993:

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

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

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

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento¹⁷

La jurisprudencia ha establecido que son sujetos pasivos de inhabilidades las personas naturales, las personas jurídicas, los consorcios, las uniones temporales, las promesas de sociedad futura y las sociedades con objeto único, excepto las entidades estatales que hayan suscritos convenidos interadministrativos.

Por lo anterior, el Consejo de Estado ha precisado que:

Cuando la caducidad le es declarada a una sociedad y a pesar de que cobija a todos los socios en forma solidaria, se debe tener en cuenta que como lo ordena el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 solo se le debe declarar a quien su conducta da lugar a ello. Por lo tanto, cuando uno de los socios de la sociedad sancionada no está de acuerdo con la sanción impuesta, puede impugnarla en forma individual, pero le asiste el deber complementario de precisar como persona individualmente considerada en qué medida esa decisión afecta sus intereses de forma distinta a los de la sociedad de la cual hace parte.¹⁸

Las reglas de la inhabilidad para contratar nuevamente con el Estado como consecuencia de la declaratoria de caducidad son taxativas y obligatorias y no liberan a los socios de responsabilidad aun cuando cedan sus derechos y no hagan parte de la sociedad contratista declarada en incumplimiento.

TERMINACION DE LOS DEMAS CONTRATOS QUE SE ESTEN EJECUTANDO POR EL CONTRATISTA INHABILITADO

¹⁷ Congreso de la Republica. (28 de octubre de 1993) *por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. (Ley 80 de 1993) DO 41.094

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. (21 de enero de 1999) Expediente 15111 [MP Ricardo Hoyos Duque]

Para el contratista incumplido e inhabilitado esto se convierte en una disminución de su capacidad jurídica para contratar, por lo cual las demás relaciones contractuales se ven afectados y su cumplimiento cesa.

La inhabilidad como lo ha determinado la Corte Constitucional “obedece a finalidades de interés público, asociados al logro de la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia y la moralidad en las operaciones contractuales.”¹⁹

Por esto se llega a la tarea de dar por terminado todos y cada uno de los contratos celebrados entre el Estado y este contratista puesto que, al ser la caducidad una prerrogativa del Estado para mantener el orden y cumplimiento eficaz de los fines del Estado, sería un contrasentido mantener relaciones contractuales con una persona natural o jurídica que ya dejó en evidencia su incumplimiento frente a las cargas derivadas de dicha relación.

PUBLICIDAD DE LAS SANCIONES Y REPORTE A LAS ENTIDADES SOBRE LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD

El artículo 31 del Estatuto Contractual establece:

La parte resolutive de los actos que declaren la caducidad, impongan multas, sanciones o declaren el incumplimiento, una vez ejecutoriados, se publicarán en el SECOP y se comunicarán a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista respectivo. También se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación²⁰

Es importante advertir que esta consecuencia no solo lo afecta de manera directa el contrato para el que fue declarado la caducidad, sino que lo tacha de manera negativa en los

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil (02 de marzo de 1992) Expediente 422 [MP Jaime Paredes Tamayo]

²⁰ Congreso de la Republica. (28 de octubre de 1993) *por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. (Ley 80 de 1993) DO 41.094

registros de consulta para contratistas, por lo que se dice que es la muerte contractual de un particular o de una sociedad.

CONCLUSIÓN

La caducidad converge con las demás cláusulas exorbitantes por sustentarse en la búsqueda del interés general y el bienestar social. En tal sentido, bien pareciera demostrar que el Estado puede ser arbitrario y extralimitarse en sus funciones cuando prevé que servicios públicos esenciales y fines del Estado no se ejecutarán de manera efectiva.

Como se quiera, aun siendo una potestad absoluta en cabeza de la entidad estatal, se deben resguardar ciertos criterios mínimos para garantizar el debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, toda vez que, aun siendo justificados los motivos por los cuales se declara la caducidad, el contratista debe tener conocimiento de los actos, resoluciones, actas, inventarios y demás fundamentos en que se base la entidad contratante para declararla.

Es cierto que, sea cual sea la o las circunstancias que dieron declarar a la prerrogativa administrativa denominada caducidad, sus efectos jurídicos no varían y son estos los que en última medida, permiten extinguir el vínculo contractual vigente, todo esto con el fin de que primen los intereses sociales y el bienestar público.

Finalmente, hay que decir también que las cláusulas exorbitantes en general conforman la regulación jurídica tendiente a desplegar los fines del Estado de acuerdo con el actual tipo social, político y económico, en el cual el Estado delega en particulares la consecuencia y ejecución de los fines estatales. Lo cierto es que siendo ésta una figura que protege la superioridad de la

administración, es exorbitante además porque dichas cláusulas no se encuentran el régimen de contratación privado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Camargo Galvis, J.A. (2011) *¿Es procedente la aplicación de la condición resolutoria de contratos en materia de contratación estatal?* Bogotá. Página 7.
- Congreso de la República (5 de febrero de 2002) *por la cual se expide el Código Disciplinario Único.* (Ley 734 de 2002) DO 44.708
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html
- Congreso de la Republica. (28 de octubre de 1993) *por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.* (Ley 80 de 1993) DO 41.094
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Consejo de Estado, Sección Tercera (14 de septiembre de 2000) Expediente 13530. [MP Ricardo Hoyos Duque] <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Consejo de Estado, Sección Tercera (18 de noviembre de 2021) Expediente 54883. [MP Martin Bermudez Muñoz] <https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2021/12/RepaFisConf.pdf>
- Consejo de Estado, Sección Tercera (27 de marzo de 1996). Expediente 8385. [MP Jesús María Carrillo Ballesteros]
https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado_seccion_tercera_e_no_8385_de_1996.aspx#/
- Consejo de Estado, Sección Tercera subsección B. (10 de marzo de 2011) Expediente 16856. [MP Stella Conto Díaz del Castillo] [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1991-07182-01\(16856\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1991-07182-01(16856).pdf)
- Consejo de Estado, Sección Tercera subsección B. (29 de julio de 2011) Expediente 9477. [MP Carlos Betancur Jaramillo] [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1997-04390-01\(18080\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).pdf)
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (24 de septiembre de 1998) Expediente 14821. [MP Ricardo Hoyos Duque]
https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado_seccion_tercera_e_no_14821_de_1998.aspx
- Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil (02 de marzo de 1992) Expediente 422 [MP Jaime Paredes Tamayo] <https://vlex.com.co/vid/-52621187>

Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil (06 de agosto de 2003). Expediente 1453. [Augusto Trejos Jaramillo] <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=11264>

Consejo de Estado. Sección Tercera (26 de julio de 2014) Expediente 26704 [MP Ramiro de Jesús Pazos Guerrero] https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/989_CE-Rad-26705.pdf

Consejo de Estado. Sección Tercera. (21 de enero de 1999) Expediente 15111 [MP Ricardo Hoyos Duque] https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/EX_15111.htm

Corte Constitucional (12 de diciembre de 2007). Expediente T- 1652277 [MP Nilson Pinilla Pinilla] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-1071-07.htm>

Escobar, A. B. (2000). *El contrato estatal de obra*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Palacios Hincapié, J.A. (2020) *La Contratación de Las Entidades Estatales*. Bogotá, Editorial Lijursanchez

Rico Puerta, L.A. (2018) *Teoría General y Practica de la Contratación Estatal*. Bogotá, Editorial Leyes Editores.