

**Declaratoria de la cláusula de caducidad como poder excepcional del Estado en el
contrato estatal**

Daniela Orozco Bustos

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho

Derecho

Bogotá D.C

2019

Declaratoria de la cláusula de caducidad como poder excepcional del Estado en el contrato estatal

Daniela Orozco Bustos*

Resumen

Con el presente ensayo, se pretende realizar un estudio a profundidad sobre una de las facultades excepcionales más importantes y difíciles en cuestión sancionatoria; la caducidad, esto con el fin de argumentar a través de postulados legales, jurisprudenciales y doctrinales porque considero que es un acto reglado de la administración, en el marco de la discusión que se ha sostenido acerca de si es un acto discrecional o reglado, además de ello con argumentos claros desarrollar los límites impuestos a dicha prerrogativa de la Administración.

El ensayo será de tipo académico, estará basado principalmente, en la opinión personal del escritor, siendo ésta producto de la reflexión acerca del contenido de la cláusula de caducidad, que como se mencionó anteriormente, ha llevado a grandes discusiones sobre su calidad. A pesar de que contiene posiciones personales; también se proporcionaran referencias de carácter académico, legislativo y jurisprudencial que fundamentan las opiniones que se muestran. La principal función es reflexionar sobre el asunto que nos ocupa, adoptar y exponer una postura sobre la discusión y justificarla.

Al final del trabajo, este permitirá inferir los motivos por los que considero al acto de declaratoria de la cláusula de caducidad un acto reglado; siendo principalmente, los postulados taxativos de la ley acerca de su aplicación y no aplicación, además de eso su rigurosidad en el procedimiento impidiendo que el Estado desarrolle su expedición discrecionalmente y los requisitos mínimos exigidos por la ley para su motivación fáctica y reglamentaria en pro del debido proceso y la legalidad.

Palabras clave

* BIOGRAFIA ESTUDIANTES Dani.orozco.b@hotmail.com

- Clausulas excepcionales, caducidad, acto administrativo, poderes excepcionales del estado, actos reglados y discrecionales.

Abstract

With this essay, the intention is to carry out a deep study about one of the most important and difficult exceptional faculties in sanctioning matters; the expiration, this in order to argue through legal, jurisprudential and doctrinal postulates because I consider it a regulated act of the administration, within the framework of the discussion that has been held about whether it is a discretionary or regulated act, in addition of it with clear arguments to develop the limits imposed to this prerogative of the Administration.

The essay will be academic and will be based mainly on the personal opinion of the writer, being this product of reflection on the content of the expiration clause, which as mentioned above, has led to great discussions about its quality. Although it contains personal positions; also it will be provided academic, legislative and jurisprudential references that support the opinions that are shown. The main function is to reflect on the matter at hand, adopt and present a position about the discussion and justify it.

At the end of the work, this will allow to infer the reasons why I consider the act of declaration of the expiration clause a regulated act; being, mainly, the exhaustive postulates of the law about its application and non-application, besides that its strictness in the procedure preventing the State from developing its expedition discretionally and the minimum requirements demanded by the law for its factual and regulatory motivation in favor of due process and legality.

Key words

- Exceptional clauses, expiration, administrative act, exceptional powers of the state, regulated and discretionary acts.

Introducción

En el presente documento se desarrollaran los postulados referentes a las prerrogativas dadas al Estado, mediante las cuales se desenvuelve en sus contratos. Específicamente en la cláusula de caducidad, esto con el propósito de analizar las discusiones que han habido respecto de si ésta

puede aplicarse de manera indistinta y discrecional o si por el contrario es un acto reglado que debe seguir las normas y procedimientos establecidos por la ley.

La contratación llevada a cabo por la Administración ha tratado de sistematizarse a lo largo del tiempo, a través de estatutos desplegados en Leyes y Decretos; principalmente el Decreto 222 de 1983, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2011 y como instrumento más reciente la Ley 1882 de 2018 entre otros.

Muchos doctrinantes han encaminado discusiones acerca de la exorbitancia del Estado, en el caso que nos ocupa, sobre la declaratoria de caducidad. Algunos defienden que además de los contratos estipulados por la Ley, la Administración puede acoger los que la anterior no menciona y a discreción suya aplicarles dicha cláusula. Por el contrario la otra corriente defiende que la utilización de esta prerrogativa solo debe hacerse en los términos que la ley establece como un acto reglado.

La discusión anterior se abordara en los términos de lo dicho por el Consejo de Estado como máximo tribunal administrativo, y de las leyes y decretos que han promovido su sistematización y de los diferentes autores de la doctrina que han interpretado lo dicho por las anteriores fuentes.

El debate aquí planteado, es de carácter reflexivo; éste busca analizar las diferentes posturas sobre la cláusula excepcional de caducidad, haciendo uso del método cualitativo; método de estudio documental y de análisis bibliográfico. Este método según Martínez (2011), busca interrogarse por la realidad humana social y construirla conceptualmente, guiada siempre por un interés teórico y una postura epistemológica.

El mismo Martínez (2011) explica como “la investigación cualitativa esencialmente desarrolla procesos en términos descriptivos e interpreta acciones, lenguajes, hechos funcionalmente relevantes y los sitúa en una correlación con el más amplio contexto social” (p.12).

Pregunta Problema

¿Qué relación existe entre la caducidad como actividad discrecional del Estado y el principio de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal colombiana?

Objetivos

- **General:**

Analizar relación existe entre la caducidad como actividad discrecional del Estado y el principio de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal colombiana

- **Específicos:**

1. Examinar el régimen jurídico aplicable a las potestades excepcionales y su aplicación dentro de la contratación Estatal; exactamente la cláusula de caducidad como acto administrativo realizado por medio de un procedimiento reglado.
2. Identificar la aplicación de la terminación unilateral como figura del derecho civil, dentro del procedimiento administrativo, que la entidad estatal aplica en la ejecución de los contratos de la administración.
3. Interpretar la aplicación de la autonomía de la voluntad dentro de los actos administrativos que deciden la implementación de la excepción de caducidad.

Discusión

Ahora bien, frente a la pregunta problema generada en el presente documento, es necesario dirimir la discusión a partir de 3 grandes postulados jurídicos; el primero, los poderes excepcionales de la administración, en cuanto a su campo de aplicación, el segundo, la caducidad, como aquella figura jurídica del Derecho Civil aplicada en los negocios jurídicos del estado y sus condiciones de aplicación y el tercero, el principio de autonomía de la voluntad por parte de la administración en el desarrollo de los actos reglados o discrecionales.

Que se entiende por poderes excepcionales del Estado en la Contratación Estatal:

- **Naturaleza Jurídica de los Poderes excepcionales:**

Con relación al primer eje, es necesario precisar lo que determina la ley, por esta razón el marco normativo en cabeza de la Ley 80 de 1993 en su artículo 14 dispone como clausulas excepcionales aquellas donde el Estado ejerce su rol de administración dentro de su función de contratación, en donde, este tipo de medidas tienen como finalidad evitar la paralización del contrato y la afectación al interés general que pretende satisfacer la ejecución del contrato

suscrito, así mismo la legislación reguladora de estos negocios estatales es específica al anotar cuales son las cláusulas que deben contener los contratos, dentro de las que se encuentra para el asunto que nos ocupa a la caducidad.

Se hace énfasis en los contratos en que éstas deben ser aplicadas; aquellos 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 y los contratos de obra.

Aunque la Ley 80 de 1993 es una ley de principios, el citado artículo no determina de manera sustancial la naturaleza jurídica de los poderes excepcionales, simplemente se limita a nombrar las cláusulas excepcionales de las cuales el Estado es titular dentro de los procesos de contratación que adelanta. Sin embargo, la norma expresa, que las cláusulas excepcionales son aquellas facultades por las cuales la Administración podrá y deberá garantizar el interés público, así estaría garantizando la finalidad del contrato que suscribió con el contratista. Esto aunado a los principios esbozados en la Ley 80 de transparencia, igualdad y responsabilidad, así como también a los principios de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución (1991), donde se encuentra los principios de eficacia, eficiencia y celeridad.

En este sentido, es importante recalcar, que el interés público está protegido dentro de los procesos de contratación por medio de estas cláusulas excepcionales, por lo tanto, es necesario precisar la naturaleza jurídica de estos últimos, bajo los postulados expresados en la Doctrina y la Jurisprudencia.

A la hora de analizar los poderes excepcionales en cuanto a su naturaleza jurídica, se determina lo señalado por el reconocido jurista Expósito (2013) citado por Dávila (2016, pp.610-612) donde los define como un mecanismo encaminado a preservar la legalidad de los actos de las autoridades públicas, comprendido por el conjunto de prerrogativas que ostenta la administración en el ámbito contractual dirigido a tutelar el interés público de la comunidad.

Continúa con su cita, diciendo que el poder administrativo comprende en la etapa contractual, el régimen excepcional contenido en las facultades de interpretación, modificación o terminación unilateral, puede también declararse la terminación por caducidad; es aplicable además, la terminación por nulidad absoluta, la liquidación unilateral del mismo, la imposición de multas y el cobro de la cláusula penal que estuvieren pactadas.

De lo anterior, se resalta que las cláusulas excepcionales son los mecanismos por los cuales las autoridades públicas preservan la legalidad de las actuaciones, así también, como mecanismo de protección del interés público, señalando como ámbito de aplicación de las mismas la etapa contractual.

Del mismo modo, el jurista José Luis Benavides explica las cláusulas excepcionales, como mecanismos o prerrogativas propias de la administración, puesto que, esta última se encuentra en un status de superioridad, recalcando al igual que los demás doctrinantes, que se origina como un mecanismo de protección del interés público y de la finalidad que se pretende satisfacer con la ejecución del contrato suscrito con el particular. Estableciendo que “Es la finalidad de servicio público la que brinda a la administración una posición de superioridad jurídica frente a un contratista, y en este contexto las prerrogativas aparecen como un acto de poder público por fuera del contrato”. **(Benavides, 2004, p 337)**

Así mismo, Péquignot (s.f) citado por el Doctor Benavides (2004, p.337) ha justificado el acto de modificación del contrato, como un acto de poder público. La administración no ejerce una prerrogativa contractual. Ella usa un derecho que le pertenece en su calidad de administración pública. (...) la exigencia del servicio público legitima el desbordamiento de los parámetros contractuales. Permitiendo distinguir que la naturaleza jurídica de las cláusulas excepcionales está determinada a la protección de ese interés público, como aquellas cláusulas supeditadas a la firma de un contrato estatal.

Es claro que estas prerrogativas son un mecanismo de protección, de acuerdo a los pronunciamientos señalados con anterioridad; de igual forma, es necesario precisar quiénes son los titulares de este tipo de mecanismos; para esto, la doctrina ha gestionado diferentes estudios frente al particular.

El profesor Reyes determina que éste tipo de poderes son otorgados por la Ley y que por ende, los titulares para su ejercicio son aquellos que establece la norma (Ley 80 de 1993 art. 14), por consiguiente, fueron concebidas para las autoridades administrativas con capacidad de suscribir contratos, tal y como rezan en el artículo 2 de la ley 80 de 1993; tal y como lo señalo de manera practica el jurista Reyes:

Facultades concedidas por el orden jurídico a las autoridades públicas entendiéndose por estas cualquier entidad, particular y organismo que desarrollen función administrativa para ejecutar y garantizar el interés general, por tanto están inmersas en todas sus actuaciones; incluso en la gestión contractual del estado, cuando la situación de facto cumpla con los requisitos establecidos en la ley para tal fin. **(Reyes, 2015, p.40)**

La Jurisprudencia ha señalado que, durante el desarrollo de la contratación Estatal, se ha evidenciado la importancia de garantizar el interés general para el progreso de la comunidad. Es por eso que bajo los diferentes desarrollos normativos, doctrinales y jurisprudenciales; se ha buscado dotar a la administración de prerrogativas destinadas a cumplir tal fin.

Bajo estos postulados, a dichas prerrogativas se les ha otorgado el nombre de cláusulas excepcionales. El Consejo de Estado (2017) como máxima autoridad de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se ha encargado de definir las como los poderes con los que cuenta la administración para el desarrollo de la relación contractual, las cuales abarcan todas las atribuciones con las que cuenta el estado dentro de sus negocios, para tomar decisiones unilaterales que obliguen a la otra parte en éste caso el particular contratista; encontrándose éste en condiciones de subordinación respecto de la administración.

En desarrollo jurisprudencial, la misma corporación en sentencia del año 2019 expuso de manera sucinta la naturaleza jurídica de las cláusulas excepcionales, teniendo estas como finalidad; la preservación de los valores y principios superiores de la administración, los cuales no están sujetos por parte de las autoridades administrativas a su autonomía de la voluntad. Este pronunciamiento es la conclusión de los postulados desarrollados por la jurisprudencia analizados en el presente documento.

Todo esto permite inferir la necesidad imperiosa de la administración de mantener el orden público y el bienestar de la comunidad al momento de celebrar los contratos; pues es a través de estos que aquella puede cumplir sus fines. Estos contratos no pueden desconocer los fines estatales y por lo tanto se les ha dotado de cláusulas que permiten y garantizan su efectivo cumplimiento, entendiéndose además incluidas en los contratos mencionados anteriormente por la legislación reguladora, así no se encuentren taxativas en el texto del contrato.

- **Clases de Cláusulas Excepcionales:**

La ley ha determinado la tipología de las potestades excepcionales consagradas en el artículo 14 numeral 2 de la ley 80 de 1993, estableciendo que en el ordenamiento jurídico colombiano existen: terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral del contrato, el sometimiento a la ley nacional y la caducidad. Por lo cual, las entidades solo están autorizadas para utilizar este tipo de mecanismos contractuales mediante la figura de cláusulas excepcionales, sin que pueda llegar a emplear otra tipología no dispuesta en la ley

Encontramos en éste articulado a la cláusula de caducidad, de nuestro interés para este trabajo, pues como se verá posteriormente, ésta es entendida como la más perjudicial para el contratista.

- **Procedimiento de las Cláusulas Excepcionales:**

En el estudio de estas prerrogativas se ha determinado dentro de su análisis, expuesto previamente, que por tratarse de mecanismo jurídicos con efectos directos a particulares, deben adoptar un procedimiento que garantice el debido proceso. Por lo tanto, la doctrina y la jurisprudencia han establecido como deben abordarse.

Los doctrinantes Benavides y Moreno analizaron el procedimiento de imposición de las cláusulas excepcionales; éste por medio de actos administrativos debidamente motivados, que garanticen el debido proceso, por lo cual, tiene que realizarse bajo el trámite previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagrados en los artículos 67 y siguientes. Expresando:

Se ejercen mediante la expedición de actos administrativos, cometidos por supuesto al postulado general y constitucional del debido proceso, lo que implica que los mismos, concretizados mediante actos administrativos, sean objeto del recurso de reposición y la acción única contencioso administrativa con medio de control de controversias contractuales, en los términos expresos en la norma.

(Benavides & Moreno, 2016, p. 304)

De igual forma, la sentencia del Consejo de Estado (2010) citada por los Doctores Benavides y Moreno (2016, p. 305) que expresa, que durante la etapa de ejecución de los contratos, en el ejercicio de potestades excepcionales se impone como necesario el uso razonado de las garantías del debido proceso, las cuales hoy se encuentran de manera positiva en los artículos 17 de la ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, normas modificatorias y

complementarias de la Ley 80 de 1993 (...), de solo aplicación para los contratos estatales propiamente dichos, que no para los especiales, a no ser que exista una autorización legal para el efecto.

Lo anterior determinando de manera clara, que la imposición de las medidas consecuentes a las cláusulas excepcionales corresponderán a un procedimiento que garantice el debido proceso, aunado a las reglas previstas en la ley 1150 de 2007, con relación a que el debido proceso será un principio rector dentro de las potestades sancionatorias del estado dentro de la contratación que ejecute el mismo.

Cabe resaltar, que dentro de la doctrina estudiada, tanto el jurista Dávila como los Doctores Benavides y Moreno, han llegado a la conclusión que el procedimiento a adelantar por parte de la administración para la ejecución de las cláusulas excepcionales corresponderán a lo señalado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– con el objetivo de garantizar el principio de legalidad y el derecho de defensa por parte del contratista sancionado.

Es necesario señalar que “la actividad en materia contractual desplegada por la administración se encuentra supeditada al principio de legalidad en cuanto a que sus decisiones deben encontrarse sometidas a las atribuciones y competencias determinadas expresamente por la ley”. (Dávila, 2016, p.615)

El doctor Matallana (2015, p. 873), también hace hincapié en la necesidad de dotar a la administración de mecanismos claros para ejecutar dichas prerrogativas con el fin de blindar con garantías a las actividades de la administración, buscando así la igualdad entre las partes contratantes, ya que, la parte fuerte de la relación contractual es el estado y más aún cuando utiliza las cláusulas excepcionales, se busca la imparcialidad y la defensa del debido proceso:

Continuando con la necesidad de señalar expresamente los casos en que se aplican las prerrogativas de la Administración, para garantizar la legalidad de las mismas. El doctor Matallana establece en su obra que, la ley 80 de 1993 estableció de manera clara los casos en los cuales no se podrán ejercer las cláusulas excepcionales, como lo son: cuando se contraponen con personas públicas internacionales, en contratos de cooperación, ayuda o asistencia, en los

contratos interadministrativos, en los contratos de empréstito, donación y arrendamiento, o en los contratos de las empresas industriales y comerciales del estado o en las sociedades de economía mixta con participación mayor al 50% cuando sean del giro ordinario de sus negocios, o aquellos contratos donde tenga por objeto el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas.

De igual forma, la doctrina ha planteado los mecanismos con los que cuenta el contratista en caso de abuso del Estado, cuando trata de imponer discrecionalmente una cláusula prohibida:

Las cláusulas excepcionales son obligatorias en algunos contratos, facultativas en otros y finalmente en otros prohibidas (...) si en un contrato se pactan, la primera opción que tendría un adjudicatario es abstenerse de suscribirlo hasta tanto se retiren de la minuta; si lo suscribió, entonces podrá demandar la nulidad parcial del contrato para que el juez suprima la cláusula, y en caso que se haga efectiva alguna medida, entonces allí cabría una tutela por violación del debido proceso y para evitar un perjuicio irremediable. **(Matallana, 2015, p. 880)**

Esto lo que permite, es que el Estado no abuse de su posición dominante para adquirir una ventaja sobre la otra parte; argumentando que la legislación lo dotó de mecanismos destinados a cumplir el interés general, garantizando así el debido proceso y el derecho de defensa del contratista frente a las cargas no equivalentes que surgen cuando se utilizan las cláusulas excepcionales.

Prosiguiendo, con otra explicación para identificar cuando es obligatorio, cuando potestativo y cuando prohibido el uso de las prerrogativas de la Administración. El Doctor Reyes en su obra establece de manera clara la procedencia de su uso entre los distintos contratos. Se entiende que las cláusulas excepcionales están prohibidas cuando los contratos tienen finalidades mercantiles, como en los casos de cooperación y colaboración. Se entiende que son facultativas en los contratos donde la entidad bajo su discrecionalidad las pacta, como en los contratos de suministro y prestación de servicios. Y las cláusulas excepcionales serán obligatorias aun si no se pactan en los contratos de prestación de servicios públicos, explotación y concesión de bienes del estado y en aquellas actividades que constituyen una actividad monopolística para el estado.

Deduciendo lo expuesto anteriormente, dada la naturaleza jurídica amplia de las cláusulas excepcionales presentada con anterioridad, el análisis del procedimiento por el cual se sanciona al contratista por parte de la administración y el tipo de contratos por los cuales el Estado las ejecutará. Es necesario continuar con un estudio más profundo de la cláusula que nos ocupa, la caducidad, para poder determinar su naturaleza, procedencia, procedimiento y comparación con otras legislaciones, para cumplir con el propósito de este documento y entender si su declaratoria es un acto reglado o un acto discrecional de la administración bajo el principio de la autonomía de la voluntad.

De la Cláusula Excepcional de caducidad:

- Concepto:

Como se verá más adelante, las potestades excepcionales de la administración persiguen un fin sancionador, esto para garantizar el efectivo cumplimiento del interés general. Dentro de estas prerrogativas se ha estimado como la más gravosa a la cláusula de caducidad.

Ésta se encuentra estipulada en el estatuto general de contratación estatal Ley 80 de 1993 en su artículo 18 así:

DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y 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. **(Ley 80, 1993, art. 18)**

De lo establecido en el articulado se pueden inferir varios puntos de discusión; que es la caducidad, que condiciones requiere para originarse, cuáles son sus efectos, bajo que procedimiento se declara.

Los doctrinantes han intentado definirla; el doctor Matallana (2015) la determino como una condición en virtud de la cual, de presentarse hechos que conlleven al incumplimiento de las obligaciones del contratista y que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y que puedan conducir a su paralización, la Administración, por medio de acto administrativo motivado, lo terminará y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

De lo dicho por el autor se observa concordancia con lo determinado por el articulado; principalmente en la necesidad de afectación grave y posible paralización de lo contratado para que se hable de caducidad y de la exigencia de que el reconocimiento de ésta se haga mediante acto administrativo motivado.

También el Consejo de Estado (2013) en varios pronunciamientos ha señalado y reiterado lo establecido en la legislación, en cuanto a que la caducidad siempre ha compartido la finalidad de protección del interés colectivo y de los fines de la administración consagrados en el artículo 209 constitucional, así como también, la caducidad persigue la ejecución del contrato en los términos establecidos en la etapa precontractual.

Más adelante, la misma corporación (2015) con el fin de complementar lo anterior, señaló más características de esta excepción del Estado, a partir de la declaratoria del siniestro por parte la entidad contratante mediante acto administrativo debidamente motivado; por lo que, la entidad bajo su discrecionalidad podrá valorar el incumplimiento para que sea reconocido como una verdadera afectación grave y que por ende paraliza la ejecución del contrato y pone en riesgo en interés general tutelado.

De la declaración de la autoridad administrativa, se entiende a la caducidad como facultad de la administración para valorar, en su deber de promover el interés público, si el incumplimiento de parte del contratista es suficiente para afectar ese fin. También dota al acto administrativo promovido en virtud del incumplimiento, del poder para constituir el siniestro.

Tanto la ley, la jurisprudencia y la doctrina, han coincidido en definir a la cláusula de caducidad como una estipulación en favor de la Administración que procede en casos excepcionales; éstos de perjuicio grave al interés general y de paralización de lo contratado, incluyendo dentro de ella la obligación de ser declarada mediante acto administrativo.

- Cuando procede:

El Consejo de Estado, en la sección tercera; se ha encargado de identificar cuando procede la aplicación de la cláusula excepcional de caducidad, en el año 2015 se pronunció acerca de la imperiosa necesidad de que el contrato se vea gravemente afectado en su realización, diciendo que la declaratoria de caducidad será viable cuando la administración determina de manera clara

y precisa que el incumplimiento del contratista es tan grave que pone en riesgo la ejecución del contrato en las condiciones establecidas con anterioridad, así como también, afecta sustancialmente el interés general que se pretende satisfacer.

Como seguiremos ampliando posteriormente, es necesario que el incumplimiento por parte del contratista; lleve indudablemente a la afectación grave del cumplimiento del contrato, no simple mente porque no se lleve a cabo su realización sino porque ésta no sea ejecutada correctamente o porque no se comete en el tiempo estipulado en el acuerdo.

Así mismo, en otra decisión el Consejo de Estado (2015), plantea su posición respecto de cuando es posible estipular en los contratos de la Administración las cláusulas excepcionales o el uso de las mismas. Solo es posible pactarlas o ejercitarlas, cuando las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, expresamente las autoricen. Esto quiere decir, que la regla general es que la caducidad solo se puede pactar dentro del contrato, cuando la ley lo autorice o se presuma que ella hace parte del contrato.

De acuerdo con el eje central de la discusión de la que se ocupa este trabajo, esta decisión permite tener un concepto claro de cuando procede la utilización de la caducidad, y según el Tribunal Superior, solo es posible si el estatuto contractual lo establece.

Ahora, es importante traer a colación en que termino es posible señalar o hacer efectiva la cláusula en el acuerdo contractual. Para eso se va a hacer mención de lo dicho por el Consejo de Estado, la legislación y la doctrina; esto con el fin de determinar si existe concordancia entre estos y poder definir la temporalidad en su aplicación.

Comenzando con el ya derogado decreto 222 (1983) en su artículo 60, se determina necesario que los contratos de la administración siempre deban precisar el objeto, la cuantía y el plazo para la ejecución completa del contrato. Todo esto con el fin de conocer en qué momento procede la caducidad. Teniendo en cuenta que si se ven afectados cualquiera de los elementos que se deben precisar; de manera grave y definitiva es necesario la declaratoria de la cláusula.

Se menciona este decreto, porque aunque derogado, sienta un precedente que aún se conserva para determinar el saldo de utilización de la caducidad y éste es principalmente el término de ejecución.

Continuando con los referentes temporales, El Consejo de Estado (1999) citado por Expósito (2013), menciona que la caducidad únicamente puede declararse hasta antes de la finalización del plazo de ejecución del contrato.

En años siguientes, ésta corporación continuó explicando la importancia de ejercer la caducidad en su tiempo. Consejo de Estado (2012) dijo que legalmente para efectuarse la declaratoria de la cláusula; era necesario que el plazo de ejecución del contrato no haya expirado, ya que de ser así, no tendría sentido hacer uso de ésta prerrogativa, cuyo fin es evitar el perjuicio grave al contrato y tomar posesión oportuna de la obra para su continuación, ya sea a través de la garantía o del contratista que sigue en turno. Todo esto con el fin supremo del Estado de preservar el interés general.

Por su parte, la doctrina también ha distinguido los tiempos necesarios para que la declaratoria de la cláusula sea efectiva. Expósito (2013) explicó que el término permitido para hacer efectiva la declaratoria de caducidad es en la liquidación del contrato, éste es el momento indicado para encontrar una solución al incumplimiento por parte del contratista y así evitar un perjuicio mayor, así mismo, se hace un énfasis en desmentir a la etapa de liquidación como el momento para la aplicación de la cláusula pues lo que permitiría sería ampliar el plazo de ejecución al contratista incumplido.

El autor hace hincapié en que la declaratoria de la cláusula no se puede hacer efectiva en la ejecución, ya que existe una confusión respecto de su temporalidad, pues se llega a creer que al ser una potestad del Estado, este puede aplicarla a su arbitrio cuando quiera; contrario a esto el Consejo de Estado afirma que no tendría sentido efectuar la caducidad en la liquidación pues ya sería muy tarde para seguir con el cumplimiento del contrato.

- Causales:

Se llega a interpretar que la caducidad se efectúa cuando el contrato está amenazado y se paraliza por causa del incumplimiento. Sirve para aclarar la situación lo dicho por Expósito (2013); no solo es viable la cláusula cuando el contrato se vea efectivamente paralizado, es suficiente que se pueda demostrar la proximidad de tal circunstancia para que la Administración decida declararla, claro está que esa paralización debe ser a causa del incumplimiento del contratista, de lo contrario es inaplicable. Todo esto teniendo en cuenta que está en juego el

interés general y que el Estado no puede permitirse que este se vea meramente amenazado con un incumplimiento de las actividades por parte del contratista.

El mismo Expósito (2013) plantea que hay dos situaciones que pueden causar el incumplimiento para perpetrar la cláusula. La primera, el incumplimiento de las obligaciones contractuales, estas contenidas en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, mencionadas de manera previa, como las que afecte de manera grave y directa la ejecución. La segunda, por incumplimiento de obligaciones de un mandato legal.

En la última situación se encuentran contenida en dos postulados en los que la parte puede recaer en el incumplimiento de obligaciones de un mandato legal; el primero ocurre cuando se accede a peticiones o amenazas de sujetos que no actúen en el marco de la Ley y también se da con ocasión de la celebración de pactos o acuerdos prohibidos. Aquella parte que incurra en éste tiene el deber de informar lo ocurrido de lo contrario le será aplicable la cláusula de caducidad en los términos del numeral 5 artículo 5 de la Ley 80

Lo anterior con fundamento en qué; de ser omitida esta información o llevado a cabo el negocio se estaría celebrando un contrato con fines ilícitos, que va en contra de todos los principios del Estado.

El segundo postulado es el incumplimiento de obligaciones fiscales; las condiciones en las que se hace efectiva la cláusula de caducidad se encuentran contenidas en el artículo 61 de la Ley 610 del 2000 expresando que en el caso en que en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.

Este postulado tiene su asiento en la preservación del patrimonio Estatal, al infringirse este mandato se está generando un detrimento contra el capital de la Administración. Expósito (2013) finaliza explicando, que para promover esta medida es necesario tener un fallo en firme del órgano fiscal

Por su parte, Dávila (2016) compila lo que él considera como causales necesarias para que sea efectiva la declaratoria de la cláusula, determinando. Primero, incumplimiento del contratista, que debe ser comprobada como la causa del incumplimiento. Segundo, Inexistencia de un incumplimiento determinante por parte de la entidad; no debe relacionarse con causa de

conductas, acciones u omisiones de la entidad contratante. Tercero, Afectación grave del contrato; el incumplimiento puede ser de cualquier obligación debe ser de una que afecte gravemente y directamente la ejecución. Cuarto, Amenaza de parálisis; puede que el incumplimiento grave no amenace parálisis, porque si bien se encuentra limitada la ejecución por el comportamiento, las circunstancias apuntan a que saldrá adelante. Quinto, No puede aparecer de súbito; no da margen a pensar que causas aparecen súbitamente o que se crean en un periodo corto, a espaldas y con pleno desconocimiento de la entidad o el interventor. **(Dávila, 2016, pp. 658-660).**

Aunque lo dicho por Dávila realmente renombre la mayoría de causales dichas por la ley, agrega como requisitos muy importantes, que el Estado no tenga ninguna relación con la afectación al cumplimiento del contrato y que causales no aparezcan se súbito. No sería razonable que la administración sancionara al contratista incumplido, cuando ella tiene conexión con en el quebranto grave al contrato.

- Procedimiento para su declaración:

Para comenzar, es necesario aclarar que el Estado aunque sea tutor de unas prerrogativas frente al contrato, no tiene la potestad para hacerlas efectivas a su arbitrio y sin justificación alguna. Es por eso que este debe seguir ciertos principios, parámetro y procedimientos para realizar ese acto administrativo que declara la caducidad.

Se parte del principio de la buena fe como factor de análisis previo a la aplicación de cualquier acto, como menciona Montaña y Rincón (2017), Cualquier problemática que se trace de los cargos contra el contratista, o de su defensa, deben medirse por éste principio de manera objetiva y no guiarse por las creencias parciales y subjetivas de las partes. La buena fe objetiva es, un instrumento de seguridad jurídica negocial con trascendencia en el ejercicio de la potestad sancionatoria que corresponde a la Administración.

Neme (2009) citado por Montaña y Rincón (2017, p.478) afirma que la buena fe objetiva consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en preservar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de información a la otra parte, y en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato.(...) No interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva.

Esto garantiza que el Estado no abuse a su capricho de las potestades excepcionales que tiene y vulnere lo convenido por las partes, la defensa a la que tienen derecho y el proceso de cada una.

En sustento del importante propósito de delimitar el arbitrio del Estado, el doctrinante Ospina marca como importante:

La pretensión constante de ampliar paulatina y cualitativamente el umbral de protección de los derechos administrativos y, correlativamente, disminuir las posibilidades de arbitrariedad por parte de la Administración y de quienes accidentalmente la representan y encarnan. **(Ospina, 2013, p. 129)**

El Consejo de Estado (2014) sirve mencionar, como debe motivarse el acto administrativo del que emane la declaratoria de caducidad; esto con el fin de garantizar el debido proceso y el sustento efectivo de un acto tan trascendente. Conteniendo verificación y explicación de la ocurrencia de las causas expresadas en la Ley que condujeron a la aplicación de la cláusula. Además debe contener la enunciación fáctica y la relación de la misma con la necesidad de aplicación del poder excepcional y el ejercicio de la potestad que el implica.

Debe ser posible, que a través de ese acto administrativo se pueda saber con certeza no solo la fundamentación legal sino los hechos y la gravedad que llevaron a la entidad a tomar la decisión de la caducidad, teniendo en cuenta que esto genera un detrimento al cumplimiento cabal de lo contratado.

Reyes (2015), establece unos parámetros que limitan la imposición de la caducidad. Primero, la aplicación del principio de proporcionalidad; 1. El operador jurídico debe precisar la causa de la norma que autoriza la potestad discrecional (servicio público) y de qué forma la situación ha quebrantado el orden jurídico. Con estos dos elementos se probará si se relaciona la teleología normativa con vulneración del orden jurídico.

2. Debe analizarse cómo la aplicación de la cláusula permitirá garantizar que se corrija el cumplimiento; si el análisis indica que la aplicación de la cláusula es ineficaz, se debe utilizar otra herramienta.

3. Analizar si las demás ventajas contractuales; multas, terminación unilateral, no podrían corregir de forma más completa la coadyuvancia del servicio público; de serlo así, debe continuarse con esa otra herramienta.

4. La realización de un juicio de proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, con la satisfacción del objeto contractual, para determinar si la aplicación de la norma realmente solucionará la situación dañosa.

Segundo, El cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la administración: es necesario que no haya incumplimiento de las obligaciones por la entidad o que no haya puesto al contratista en situación de incumplimiento. De lo contrario se habilita al contratista para utilizar la excepción de contrato no cumplido.

En caso en que ambos contratantes se tengan como incumplidos, ninguno puede pedir los perjuicios. Tampoco podría la administración en este caso declarar la caducidad, y en caso de hacerlo su acto sería anulable.

Tercero, La satisfacción de los elementos formales y sustanciales para que el acto adquiera validez y eficacia. Siendo los elementos:

Subjetivos: competencia del funcionario funcional y temporal. Funcional, el funcionario reglamentaria y organizacionalmente se encuentra capacitado para expedir el acto administrativo que impone la caducidad. Temporal, que el ejercicio de esa facultad solo puede cumplirse en desarrollo de la fase contractual.

Formales: El acto administrativo debe contar con autenticidad, integridad y disponibilidad; que el acto esté sin signos de modificación, que se tenga la certeza sobre el servidor que lo profirió, que las personas puedan conocer el contenido y la motivación de la decisión. Es obligatorio para imponer la cláusula de caducidad.

El fin de exigir un acto administrativo motivado, promueve que la parte afectada pueda manifestar de manera específica sus inconformidades respecto de la declaratoria, todo esto mediante la claridad en el contenido del mismo.

Para la imposición de la caducidad es necesario la celebración de una audiencia

La Ley 1474 (2011) citada por Reyes (2015, pp. 85-94), establece en su artículo 86 el orden procedimental que se debe seguir en una audiencia concentrada para aplicar la caducidad:

a) Entidad lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido; Hará mención de los hechos, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y

enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia.

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia.

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. Al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

Para entender con claridad que es el principio de proporcionalidad los autores Stone sweet y Matthews (2013) lo explican como una respuesta procedimental efectiva a un problema sustantivo de difícil manejo, teniendo en cuenta que los derechos generalmente son imprecisos, abiertos e incompletos; es así como este principio es un mecanismo que permite dar una apariencia de determinación a esas imprecisiones, sometiéndolas a un procedimiento fijo, formalizado y probado, cuya explicación se dio previamente. Éste mecanismo además permite construir una coherencia sustantiva del problema, puesto que puede ser aplicado en general a

todas las disputas que el derecho involucra; lo único que variaría en cada caso no sería la Ley sino los hechos en contexto de la toma de decisiones para aplicar la misma.

La explicación que estos autores dan sobre lo que es en esencia el principio de proporcionalidad permiten entenderlo; como ese instrumento con el que cuenta la autoridad judicial para hacer un análisis entre los hechos del asunto y los derechos que son de amplia aplicación e interpretación, para darles un examen coherente que permita dar el sentido más adecuado al fallo sin afectar en gran manera a la parte perdedora.

Todo el señalamiento anterior del principio de proporcionalidad y su proceso, se hace con el fin de demostrar uno de los argumentos de los ejes centrales del presente documento; este es el conflicto entre la discrecionalidad del acto que declara la caducidad con su opuesto, el acto reglado.

Nos muestra que dicho acto requiere de un procedimiento y unos requisitos estipulados taxativamente en la norma lo que efectivamente implica que la discrecionalidad de la administración no es libre y descontrolada; pues debe seguir unos parámetros que garantizan no afectar indiscriminadamente a la parte débil de la relación contractual, el contratista, sino que ésta debe ser fundamentada en los mandatos legales para garantizar su efectividad.

- **Efectos:**

Definir todos los requisitos para que la declaratoria de caducidad proceda, junto con el procedimiento que se debe realizar; nos lleva ahora a señalar cuales son los efectos que conlleva la misma.

Comenzando por los efectos que recaen sobre el contratista, en la Ley 80 de 1993 se define una consecuencia de la caducidad:

Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad. **(Ley 80, 1993, Art 8, literal c)**

El Consejo de Estado (1998) Citado por Montaña & Rincón (2018, p. 504) complementando lo designado por la ley, indica que el carácter sancionatorio que reviste la declaratoria de caducidad del contrato estatal es algo que no puede ponerse en duda, ya que no solo significa el aniquilamiento del contrato, sino que comporta para el contratista la inhabilidad para celebrar contratos durante cinco (5) años.

La misma corporación en el año 2013 destacó una clasificación de las inhabilidades que se imponen como sanción al contratista, siendo consecuencia de la imposición de la caducidad:

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. **Consejo de Estado, Sección tercera. (24 de octubre de 2013) Rad. 201885423001-23-31-000-2000-02857-0124697 [MP ENRIQUE GIL BOTERO].**

Estas sanciones impuestas a los contratistas, no tienen como fin el castigo de éstos, por el contrario persiguen un fin preventivo, se busca con esto, que sean conscientes de las responsabilidades que adquieren al momento de ejecutar un contrato celebrado con la administración; pues son varios intereses los que están en juego.

Por su parte los efectos que recaen sobre el contrato se determinan:

En la Ley 1150 (2011), en su artículo 9, inciso 4 establece que en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%), salvo los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar.

Coadyuvando lo anterior, el doctor Ramos (2012) señala que si al declararse la caducidad, aún falta por ejecutarse un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del contrato, puede procederse a su continuación con el proponente que se encontraba en segundo lugar.

El doctor Expósito (2013) resalta las posibilidades con las que cuenta la administración para terminar con la ejecución del contrato y así cumplir con el fin del mismo; dentro de estas menciona al asegurador de la garantía del cumplimiento para el pago de la póliza por la realización del riesgo amparado, a la contratación (ya sea por los procedimientos comunes de selección o por el mecanismo de urgencia manifiesta, si hay urgencia en la ejecución) de un nuevo colaborador para que termine aquello incumplido, finalmente a la ejecución directa de lo faltante en el objeto contractualmente asignado. **(Expósito, 2013, p.224)**

La Ley 80 (1993) citada por Expósito (2013, p.225), faculta al segundo proponente mejor calificado para que determine, previa revisión de las condiciones del contrato, si le resulta o no conveniente asumir la ejecución del porcentaje restante del objeto contractual y, por tanto, si acepta o no celebrar el contrato.

Estos mecanismos para la continuación de la ejecución del contrato son obligatorios para la administración, ya que esta tiene la obligación de cumplir con el fin contratado. Además, son estos elementos, una garantía de que no se sacrifiquen los intereses de la comunidad.

De todo lo mencionado acerca de ésta tan importante cláusula se puede colegir; Primero, Escola (1997) Citado por Montaña & Rincón (2018, p. 484) que la razón de ser de las sanciones contractuales se encuentra en que de nada serviría que la administración pública tuviera, un poder de dirección y control de la ejecución, si en forma correlativa a ese poder no tuviera también la potestad de sancionar a las faltas en que incurra el contratante particular.

Segundo, como lo menciona Reyes (2015) ésta cláusula le permite a la administración, garantizar el cumplimiento del objeto contractual y la necesidad que el contrato desarrollaba, y también asegurar la función pública al impedir que un contratista evidentemente inepto coadyuve, en el futuro inmediato, con la función administrativa.

Tercero, como concluye Dávila (2016) que la regla general, pacífica y reiterada de la Corte consiste en que las controversias contractuales con el Estado, especialmente, las derivadas de la declaratoria de caducidad del contrato, deben ser dirimidas mediante los mecanismo ordinarios previstos en la Ley, diseñados para resolver asuntos contractuales y brindar una alta protección a los derechos de la parte contratista.

Finalmente, determinar que la aplicación de esta prerrogativa en cabeza del Estado no es simplemente el cumplimiento discrecional de este para cuando considere que no se está ejecutando el contrato de manera efectiva, por el contrario, es un mecanismo plenamente desarrollado por la que permite no solamente que el contratista cumpla con sus obligaciones, sino, que la administración sea objetiva y no se deje llevar por sus intereses y corromper con ellos el correcto desarrollo de la negociación.

- **Legislación Comparada:**

Es importante hacer un pequeño recuento sobre la concepción del contenido de la cláusula excepcional de caducidad en diferentes legislaciones; esto con el fin de establecer las diferentes influencias que ha tenido el desarrollo de las mismas en nuestro país.

Reyes (2015), se encarga de compilar las principales legislaciones, de manera que se pueda hacer un símil entre ellas.

En Francia “todas las potestades de la administración se entienden incluidas de suyo en el contrato: aunque no aparezcan en él, ella pertenecen de pleno derecho a la persona pública contratante que no podrá renunciar a ellas”. **(Reyes, 2015, p. 49)**

Morand-Deviller citado por Reyes (2015, p. 49) menciona, que el Consejo de Estado Francés ha precisado el alcance de este derecho en el fallo proferido en 1907 de palenque, donde estableció que aún sin haber sido previstas en el contrato, las sanciones son aplicables.

En similitud con nuestra legislación, se puede definir que incluso en los contratos en que la cláusula es de obligatoria inclusión, aun cuando falte, se presume establecida de igual manera.

En España Explica Reyes:

En la gestión contractual del Estado Ibérico se ha establecido la resolución por incumplimiento, la cual es definida (...) como una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes”.

La aplicación de esta cláusula es potestativa del órgano de contratación, quien previamente debe oír al contratista en audiencia. **(Reyes, 2015, pp. 51-52)**

Al igual que en Colombia, la sanción impuesta en España se ha desarrollado mediante una audiencia previa con el propósito último de promover el debido proceso y las garantías de las partes.

Continúa el autor diciendo, que en el régimen Español de contratación, la resolución por incumplimiento tiene la finalidad de garantizar el interés público, y no principalmente una función sancionadora; ésta se utiliza como medio para garantizar el cumplimiento del objeto

contratado sin que afecte más que la posición beneficiosa que el contratista tiene en la relación jurídico sustancial obligándolo a mantenerla indemne para la administración.

Por último, se hace referencia al Common Law donde “La terminación unilateral por incumplimiento del contratista –termination for default- que es el ejercicio del derecho contractual del gobierno a terminar, parcial o totalmente, un contrato debido a la falla, actual o anticipada, del contratista para cumplir sus obligaciones contractuales”. **(Reyes, 2015, p. 54)**

Su finalidad no es una retribución justa, sino que busca, en abstracto, conminar a través de la posibilidad de una sanción a los contratistas para que se abstengan de incumplir el objeto contratado, y en concreto, cuando se ha incumplido o existe la posibilidad de que se incumpla dicho objeto, que se proteja la prestación del servicio público. **(Reyes, 2015, p. 55)**

De la exposición de las prerrogativas contractuales en diferentes legislaciones podemos concluir que se comparte el mismo fin con nuestra legislación, el propósito fundamental no es sancionar, por el contrario, se busca el efectivo cumplimiento de las obligaciones adquiridas en las relaciones contractuales. Lo cual promueve un mayor compromiso por parte de los dos sujetos implicados en dichas relaciones; teniendo en cuenta que lo primordial es satisfacer el interés general.

Principio De La Autonomía De La Voluntad

Para poder esclarecer si la declaratoria de caducidad es un acto reglado o discrecional, además de hacer un estudio de su naturaleza, procedencia y procedimiento. Es necesario señalar los presupuestos acerca de la autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales del Estado, para determinar si es posible entender a la aplicación de la cláusula como poder excepcional dentro de la etapa contractual.

Para ello, es necesario analizar lo pertinente con relación a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993; en sus artículos 32 y 40 establece la aplicación del régimen de contratación estatal a los contratos estatales, comprendidos como tales, aquellos actos jurídicos derivados de la autonomía de la voluntad necesarios para el cumplimiento de los fines estatales, así lo estipula:

Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho

privado o en disposiciones especiales, o **derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (Ley 80, 1993, art. 32)**

Las entidades podrán celebrar los **contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad** y requieran el cumplimiento de los fines estatales (**Ley 80, 1993, art. 40 inciso 2**)

Así las cosas, la autonomía de voluntad es elemento fundamental de la administración dentro de los procesos de contratación, por ello, muchos de los elementos propios de la contratación no están regulados por el marco normativo Colombiano, sino por el contrario, existen elementos naturales propios a cada proceso de contratación que por su especialidad, la Administración deberá realizar actos discrecionales para el cumplimiento de los fines esenciales.

En este sentido, la doctrina ha sido reticente en afirmar que dentro de la contratación estatal hay gran variedad de elementos que aunque la ley no los regula, están a disposición por parte de la Administración. Los Doctores Montaña y Rincón en su obra han mencionado lo siguiente:

En materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes –no la ley; pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción. (**Montaña & Rincón, 2018, p. 486**)

De lo anterior, se afirma que dentro de la contratación estatal existe una combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de voluntad, siendo estas partes esenciales al proceso mismo.

En el mismo sentido, el jurista José Luis Benavides en su texto expone que la autonomía de la voluntad es un elemento fundamental a la materia objeto del presente estudio, dado que, muchos de los instrumentos por los cuales se generan obligaciones dentro de la relación jurídico-contractual, están supeditados a los actos unilaterales de la administración. Así lo expresó:

El acuerdo de voluntades es entonces un elemento fundamental de la noción del contrato estatal, que permite diferenciarlo de otros instrumentos de creación de

obligaciones como los compromisos unilaterales, corrientes en el derecho comercial (...), o los actos unilaterales precedidos de un acuerdo. **(Benavides, 2004, p.69)**

Mas sin embargo, parte de la doctrina también ha sido insistente a la hora de determinar la aplicación práctica de la autonomía de la voluntad, dado que, dentro de la contratación estatal, existe una posición dominante por parte de la administración en aras de proteger y garantizar el cumplimiento de los fines estatales, por esto, se ha mencionado que los espacios de la autonomía de la voluntad cada vez son menores, y por ende, se habla de contratos de adhesión donde la autonomía de la voluntad se limita a la aceptación del mismo, así lo explica el Dr. Benavides en su texto, de la siguiente forma:

El contrato de adhesión, pese al desequilibrio entre las partes, es contrato por cuanto la parte que adhiere lo hace libremente. **(Benavides, 2004, p.71)**

Las posibilidades de acción libre, de existencia de una cierta autonomía de la voluntad son completamente excepcionales. Ellas aparecen cuando la ley autoriza a la administración a escoger libremente entre varias soluciones igualmente conformes a la legalidad a través del reconocimiento de un poder discrecional. **(Benavides, 2004, p.95)**

Tal y como lo menciona el autor, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad dentro de la contratación estatal, está ligada al poder discrecional que la ley le otorga a las entidades administrativas; tema que será objeto de estudio en el siguiente acápite.

Ahora bien, tal y como se ha explicado en el presente documento, el interés general que se pretende satisfacer por medio del contrato estatal, es el eje fundamental del proceso de contratación, y por tanto, la mutabilidad contractual a la que se llega por medio de la aplicación de las clausulas excepcionales, tiene como fundamento la protección de dicho interés general. Así lo ha explicado el Doctor Sergio Matallana en su tratado:

Como una expresión de expresión de autonomía de voluntad, el contrato es una ley para las partes, pero que también se encuentra cimentado en el principio de mutabilidad,

puesto que puede sufrir variaciones por el interés general. **(Matallana, 2015, p.878)**

El principio de autonomía de la voluntad no es suficiente para pactar las cláusulas excepcionales al derecho común en cualquier contrato, por cuanto, en interpretación del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y que en jurisprudencia el Consejo de Estado lo ha sostenido. **(Matallana, 2015, p.880)**

Así las cosas, dada la importancia que existe entre la autonomía de la voluntad y la aplicación de las cláusulas excepcionales, es importante analizar si el procedimiento establecido para la caducidad, analizado en el presente documento puede considerarse un acto reglado o discrecional de la administración, y así poder solucionar la pregunta problema.

Actos Administrativos Reglados Y Discrecionales:

Primariamente, es necesario definir qué se entiende por un acto administrativo; de acuerdo a la doctrina este es toda manifestación unilateral de la voluntad por parte de la administración, que puede llegar a tener efectos sobre terceros, afectando parcialmente o en su totalidad derechos o circunstancias de particulares, así lo explica la jurista Mónica Ibagón en su obra:

Un acto administrativo es toda manifestación unilateral de la administración pública o del particular en ejercicio de la función pública, en cumplimiento de una función administrativa, que contiene una decisión expresada en la forma prevista en la Ley, con efectos jurídicos vinculantes para crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones en situaciones generales o particulares para los administradores o para la propia administración. **(Ibagón, 2012, p. 17)**

De acuerdo a lo anterior, la doctrina en reiteradas oportunidades ha expresado que los actos administrativos, la manifestación de la voluntad que hace la administración por medio de estos, hacen referencia a la voluntad de la ley y no de la administración, tal y como lo expresa el Dr. Güechá en el texto, así:

En los actos administrativos la voluntad que se contiene es la de la ley y no la de la Administración, porque en los actos reglados las entidades públicas no se pueden apartar de ninguna forma del precepto legal, y en los

denominados discrecionales, aunque existe algún grado de amplitud o autonomía en la decisión, tampoco es posible para que las administraciones se aparten de la ley y en última instancia la voluntad que se evidencia es la de ella, lo que determina la inexistencia de discrecionalidad administrativa en los mismos; por tal razón la definición de acto administrativo se debe contener en la expresión de voluntad de la ley, instrumentalizada en los actos de la Administración.

(Güechá, 2017, p.47)

Tal y como se menciona, los actos administrativos tienen una clasificación primaria consecuente a la normatividad que los regula; en este sentido, se habla de actos reglados y de actos discrecionales, siendo los primeros aquellos actos donde la administración no se puede apartar de ninguna forma de los preceptos legales, y por actos discrecionales, debe entenderse que existe un grado de amplitud y autonomía por parte de la entidad para proteger los fines descritos en la norma.

De igual modo, la doctrina hace una clasificación de los actos administrativos de acuerdo al efecto jurídico creado por los mismos, por ello también se dividen en actos de carácter general y de carácter particular, siendo los primeros aquellos actos donde se realiza mediante competencias generales que no generan derechos subjetivos a terceros, porque contiene reglas impersonales e indeterminadas. Caso contrario, existen los actos administrativos de carácter particular, entendidos como aquellos actos que resuelven una situación en particular, creando derechos subjetivos a terceros, por lo cual se designan a personas determinadas.

En el mismo sentido, la Doctora Mónica Ibagón explica en su texto, los actos administrativos de carácter general, como aquellos donde no se está creando derechos subjetivos ni se está resolviendo situaciones a favor de indeterminados, ya que, su característica más importante es que son actos impersonales. A su vez, los actos administrativos de carácter particular, son aquellos donde se resuelven situaciones específicas a favor o con efectos en terceros determinados; como por ejemplo: aquellos actos administrativos donde el sujeto pasivo sea una persona natural o jurídica o incluso una entidad administrativa **(Ibagón, 2012, pp. 19-20)**

Parte de la doctrina clasifica los actos administrativos en otra corriente denominados como Actos administrativos contractuales, y son aquellos expedidos por la entidad pública en su rol de contratante dentro de un proceso de contratación, por medio del cual se afecta el derecho subjetivo

del contratista, arguyendo que los actos administrativos por los cuales se declara la caducidad contienen una decisión con efectos jurídicos vinculantes para crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones en situaciones generales o particulares para los administradores o para la propia administración. (Ibagón, 2012, p. 20)

Finalmente, es posible afirmar que los actos administrativos por medio de los cuales la entidad ejercer las potestades excepcionales durante la relación contractual, son actos de carácter particular y contractual, que afectan situaciones especiales y por ende derechos del contratista.

En consonancia con el análisis realizado en el presente escrito, lleva a concluir la necesidad de afirmar que el acto administrativo por medio del cual se ejercer la cláusula de caducidad como potestad excepcional es un acto reglado por las razones que se expondrán a continuación.

Conclusiones

1. Se analizó, que en la principal fuente reglamentaria de la contratación estatal, es decir, el Estatuto General De Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993. Se establece de manera taxativa la cláusula excepcional de caducidad como mecanismo tendiente a garantizar el interés general; además de ello, la misma norma establece en que momentos procede la misma y en cuáles no. De esta manera, delimitada por la ley su aplicación, de forma tal que el Estado no puede excederse de esos parámetros señalados.

2. Se identificó, que bajo lo expuesto previamente acerca de la Ley 1474 de 2011 y los desarrollos jurisprudenciales del Consejo de Estado; se puede discernir acerca de la manera en que se debe llevar a cabo el procedimiento de la declaratoria de caducidad. Con unos puntos claros que delimitan la actividad de la administración garantizando la legalidad y el debido proceso. Exigiéndole además un mínimo de motivación al acto administrativo expedido. Lo que permite entender que la Administración no tiene la discrecionalidad para simplemente decretar la prerrogativa arguyendo que tiene una excepcionalidad dada por la Ley, sino que por el contrario, debe acompañar su decisión de fundamentos fácticos que justifiquen la amenaza grave de la ejecución contractual, y de fundamentos de derecho, que la unión de ambos soportes permitan a la parte afectada entender el motivo de su sanción y que además tenga derecho a ser escuchada y a controvertir lo expedido.

3. Se interpretó, mediante el estudio de la autonomía de la voluntad, que la Administración discrecionalmente y apoyándose bajo el principio de la autonomía de la voluntad estatal, no puede de manera subjetiva declarar lo que cree como amenaza grave que pueda afectar y paralizar el

contrato; deben respetarse principios como la buena fe del contratista, realizar un juicio de ponderación para determinar si la aplicación de esa medida excepcional si es acorde a los hechos, mirar además, si esa caducidad es la prerrogativa que realmente se ajusta a la decisión o si por el contrario debe remplazarla por otra, demostrar que haciendo uso de la misma se puede verdaderamente salvaguardar la ejecución contractual y finalmente probar que la Administración no tuvo nada que ver con esa amenaza al cumplimiento contractual.

4. Se examinó, la teoría del acto administrativo; en su clasificación de reglado y particular, lo que permite determinar que la cláusula de caducidad se encuentra contenida dentro de ésta, pues así la norma se ha encargado de desarrollarlo. La administración no es simplemente la parte superior de la relación contractual que puede imponer a su antojo lo que considere conveniente, sino que esto debe ceñirse a los procedimientos y requisitos señalados para los actos administrativos; teniendo en cuenta que estos afectan de manera directa derechos subjetivos como los del contratista.

5. Teniendo en Cuenta los requisitos de motivación del acto administrativo que declaran la cláusula excepcional de caducidad y adicionalmente los procedimientos que la administración debe llevar a cabo para para la aplicación de la misma; requisitos que además se encuentran taxativos en las normas que regulan las relaciones contractuales del Estado, nos permiten interpretar que aunque la autonomía de la voluntad es un elemento de estas relaciones contractuales, ésta no puede ser utilizada por las partes de manera arbitraria, ya que si bien la caducidad es una herramienta exclusiva de la administración para permitir el normal curso de los contratos, ambos elementos relacionados no son llevados a cabo sin control y de forma discrecional de la administración.

Todos tienen un control judicial y unas oportunidades que respetan la norma y el derecho de defensa de ambas partes, lo que nos permite así responder a la pregunta problema planteada al inicio de este ensayo; si existe una relación entre la aplicación de la caducidad como autonomía del estado como parte contratante, más no es un acto discrecional del mismo pues debe cumplir y ajustarse a medidas que garantizan que el estado no se tome atribuciones exageradas aprovechándose de su evidente ventaja frente a los contratistas

Referencias Bibliográficas

- Benavides, J. L. (2004). El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado. 2da ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- Benavides & Moreno. (2016). La contratación pública en América Latina. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993) [Título I]. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094.
- Congreso de Colombia. (16 de julio de 2007) [Título I]. 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. [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691.
- Consejo de Estado, Sección tercera. (12 de julio de 2012) Rad. 15024 - 85001-23-31-000-1995-00174-01 [MP DANILO ROJAS BETANCOURTH]
- Consejo de Estado, Sección tercera. (24 de octubre de 2013) Rad. 201885423001-23-31-000-2000-02857-0124697 [MP ENRIQUE GIL BOTERO]
- Consejo de Estado, Sección tercera. (12 de marzo de 2014) Rad. 32611 - 73001-23-31-000-2003-00243-01 [MP MAURICIO FAJARDO GOMEZ]
- Consejo de Estado, Sección tercera. (05 de marzo de 2015) Rad. 207516725000-23-26-000-1998-02231-0128036 [MP STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO]
- Consejo de Estado, Sección tercera. (16 de marzo de 2015) Rad. 207702925000-23-26-000-2000-01635-0127269 [MP OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ]
- Consejo de Estado, Sección tercera. (29 de abril de 2015) Rad. 209518566001-23-31-000-2000-00949-0133244. [MP JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA]
- Consejo de Estado, Sección tercera. (19 de noviembre de 2015) Rad. 207804805001-23-31-000-2006-02579-0143324. [MP MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO]
- Consejo de Estado, Sección tercera. (10 de noviembre de 2017) Rad. 210631211001-03-26-000-2016-00064-0056800. [MP CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA].
- Consejo de Estado, Sección tercera. (7 de septiembre de 2019) Rad. 212673611001-03-26-000-2017-00013-0058647. [MP STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO].
- Dávila, L. (2016). Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ra ed. Bogotá, Colombia: Legis.

- Expósito, J. (2013). Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Gaceta del congreso, senado y cámara, año I, N. ° 75, septiembre 23 de 1992, p.11
- Giraldo, M. (2017). La terminación unilateral por pacto convencional en contratos estatales regidos por el derecho privado (Tesis de Maestría). De la base de datos biblioteca Universidad de los Andes.
- Güechá, C. (2017). Revista Opinión Jurídica. La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración, 16 (31), 25-48. Doi: 10.22395/ojum.v16n31a1
- Ibagón, M.L. (2012). Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia
- Jouve, A (2002). Temporalidad de la caducidad. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/222>
- Martínez, J. (2011). Métodos De Investigación Cualitativa. Recuperado de <http://www.cide.edu.co/doc/investigacion/3.%20metodos%20de%20investigacion.pdf>
- Matallana, C. E. (2015). Manual de contratación de la administración pública. 4ta ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Montaña y Rincón. (2017). Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia
- Montaña & Rincón. (2018). El poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ospina, A. (2013). Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa Colombiana. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Palacio, M. (mayo de 2004). Aspectos controversiales de la contratación estatal. Revista de derecho público, pp. 102-107.

- Presidencia de la República. (09 de febrero de 1983) [Título VI]. Normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. [Decreto 222 de 1983]. DO: 36189.
- Ramos Acevedo y Ramos Acevedo. (2018). Contratación estatal teoría general y especial. 5ta ed. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.
- Reyes, H. M. (2015). La cláusula de caducidad sanción o herramienta para la corrección de la gestión contractual del estado. Bogotá, Colombia: Leyer
- Santofimio, J. (2017). Compendio de derecho administrativo. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Stone, A & Matthews, J. (2013) Proporcionalidad y constitucionalismo un enfoque corporativo global. Bogotá Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Suescun, J. (junio de 1995). La aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en la contratación de las entidades estatales. Revista de derecho privado, pp. 11-57.
- Torrez, P. (2017). La validez de la cláusula expresa de resolución unilateral por incumplimiento en el contrato estatal (Tesis de Maestría). De la base de datos biblioteca Universidad de los Andes
- Villar, L. (1996). Régimen de contratación estatal. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.