

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



**FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
TRABAJO DE GRADO
CLAUSULA EXORBITANTE DE CADUCIDAD**

AUTORES

**DIANA CAROLINA HERNÁNDEZ SÁNCHEZ
ANDRÉS FELIPE CEDEÑO MARRUGO
ROBERT MAURICIO GUTIÉRREZ HERRERA**

BOGOTÁ

2015

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



**FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL**

**TRABAJO DE GRADO
CLAUSULA EXORBITANTE DE CADUCIDAD**

AUTORES

**DIANA CAROLINA HERNÁNDEZ SÁNCHEZ
ANDRÉS FELIPE CEDEÑO MARRUGO
ROBERT MAURICIO GUTIÉRREZ HERRERA**

**ASESOR METODOLÓGICO
DR. DAVID GARCÍA VANEGAS**

BOGOTÁ

2015

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
Justificación	6
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	8
Planteamiento del problema	8
Formulación del problema.....	8
HIPÓTESIS	9
OBJETIVOS	10
Objetivo General	10
Específicos	10
MARCOS REFERENCIALES	11
ESTADO DEL ARTE	11
Marco Histórico.....	12
RESÚMENES ANALÍTICOS DE INVESTIGACIÓN (RAI)	19
RAI 1.....	19
Terminación unilateral del contrato de concesión municipal y reclamo de Ilegalidad.....	19
RAI 2.....	23
Aplicación de multas y cláusula penal en contratos celebrados por entidades estatales con régimen privado de contratación.	23
RAI 3.....	28
Incidencia de las clausulas exorbitantes en los contratos modificatorios al contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de Hidrocarburos para el Estado ecuatoriano	28
MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL	31
Marco Jurídico	31
La Declaratoria De La Caducidad Como Acto Reglado.	31
<i>Presupuestos para la declaración</i>	31
Competencia Temporal Para Declarar La Caducidad	35
<i>El término o plazo ordinario del contrato no incide en el ejercicio de la caducidad</i>	36

Cláusula de caducidad y debido proceso	38
CONCLUSIONES.....	43
PROPUESTA	46
ENFOQUE METODOLÓGICO	47
BIBLIOGRAFÍA.....	49

DEDICATORIAS Y RECONOCIMIENTOS

A Dios, nuestro mentor.

A nuestros padres, por su dedicación y constancia.

A nuestros hermanos, por su apoyo incondicional.

A la Universidad La Gran Colombia, por acogernos y hacer posible este sueño.

A cada uno de los profesores de la Especialización en Contratación Estatal, por su excelencia académica.

A nuestros compañeros de la Especialización, a quienes les reiteramos nuestra amistad.

INTRODUCCIÓN

La cláusula de caducidad puede considerarse como la máxima expresión de Superioridad del Estado frente al particular en materia contractual, pero su declaración en algunos casos puede considerarse como un abuso, en cuanto que puede ocasionar perjuicio injustificado al contratista. El presente trabajo, pretende hacer un análisis de las cláusulas excepcionales con las que cuenta el Estado colombiano en materia de contratación y como éstas han evolucionado, haciendo énfasis en la cláusula de caducidad.

El legislador consideró de acuerdo a la experiencia, que el incumplimiento de los contratistas al momento de ejecutar sus obligaciones es uno de los principales focos que representan daño patrimonial al Estado, además de implicaciones sociales, culturales y tecnológicas.

La importancia radica en determinar cómo actúa la administración frente a los vacíos presentes en el Estatuto Contractual, acudiendo a la analogía jurisprudencial del Consejo de Estado, la cual exalta criterios constitucionales y legales para evitar nulidades de los actos administrativos que declaren la Caducidad del contrato, bien sea porque no se encuentre debidamente motivado o porque va en contravía de alguno de los principios de la contratación estatal.

La línea a seguir según los parámetros establecidos por el grupo de investigación y proyección social de la Universidad La Gran Colombia en la facultad de Derecho es la de Derecho constitucional, Reforma de la administración de justicia y bloque de constitucionalidad.

Justificación

A través del tiempo, Colombia ha desarrollado diferentes tendencias conceptuales en materia de contratación estatal, es decir, los términos han tenido diferentes interpretaciones respecto a cambios y evoluciones del Derecho, desde la aparición del Decreto 150 de 1976 donde se origina por primera vez la cláusula de Caducidad como potestad especial del Estado, con el único fin de proteger el Interés Público, hasta el desarrollo de la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias, aunado a los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado sobre esta.

El problema principal planteado en la presente investigación es la errónea aplicación de la cláusula de caducidad, como facultad exorbitante que tiene el Estado para dar por terminado un contrato cuando existe incumplimiento grave, atribuible al contratista que no permitiría que este llevara a término el objeto contractual.

Dicha aplicación indebida por parte del funcionario en nombre del Estado, se debe básicamente a tres aspectos que ya fueron analizados anteriormente; el primero consiste en el vacío que presenta el Estatuto de contratación el cual se limita a indicar que debe declarar, si existe incumplimiento grave por parte del contratista, pero obliga al funcionario a remitirse a otras normas a fin de establecer cuál sería el incumplimiento y qué hacer para declararlo, lo que ocasiona pueda tomar una visión subjetiva de dicho incumplimiento; el segundo, tomar como causal única del incumplimiento grave, por parte del contratista, el vencimiento del plazo contractual; y la declaratoria apresurada de la cláusula de caducidad, sin hacer un análisis de la trascendencia que esta ocasiona, escogencia que suele ser ponderada más como sanción económica y castigo hacia el contratista, que necesita una retaliación mediática, que como la solución idónea para cumplir con los fines del Estado, confundiendo incluso con la cláusula penal.

La utilización indebida de la Cláusula de Caducidad, ha originado que Estado sea objeto de demandas que buscan el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, con la declaración de Caducidad y la consecuente inhabilidad futura a contratar, que esta ocasiona, juicios, en donde el contratista logra probar con suficiencia que podía seguir ejecutando el contrato, y por consiguiente fue objeto de vulneración al debido proceso.

Por lo tanto esta investigación quiere reflejar las fallas de la administración al aplicar la Cláusula de Caducidad, por no respetar el debido proceso y no seguir los lineamientos del Consejo de Estado provocando con esto desgaste administrativo, al incurrir en otro tipo de procesos. De igual manera, se pretende aportar parámetros con el objetivo evitar que el acto administrativo que declara la Caducidad al contratista, sea posteriormente demandado en nulidad por no encontrarse debidamente motivado, siendo el Estado el único llamado a responder por dicho acto.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Planteamiento del problema

Cuando en la ejecución de contrato estatal ha existido incumplimiento por parte del contratista, la administración, debe ponderar de acuerdo a cada caso, las posibles consecuencias de dicho incumplimiento, y es por eso que se ve abocado a tomar una o varias decisiones, siempre en busca de proteger el interés público y los fines del Estado.

Pero que sucede cuando la Administración Pública no maneja o sigue criterios errados o poco fundamentados para la declaración de la cláusula de Caducidad, provocando con ello la existencia de litigios, en donde se pone en tela de juicio la responsabilidad del Estado en cabeza del funcionario o funcionarios que la declararon, por ello vale la pena hacer el siguiente cuestionamiento.

Formulación del problema

¿Qué criterios debe manejar la Administración Pública, para declarar motivada y correctamente la Caducidad y no optar por otra solución al presentarse incumplimiento por parte del contratista?

HIPÓTESIS

El Estado ante todo debe garantizar el Derecho Fundamental al debido proceso el cual está establecido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y enmarca todo el ordenamiento Jurídico, en consecuencia al declarar la cláusula de Caducidad del contrato estatal por encima de las demás cláusulas excepcionales se debe verificar adecuadamente la clase de incumplimiento en que se vio inmerso el contratista, respetando los lineamientos del Consejo de Estado si existen vacíos o dudas en la aplicación de la norma, antes de proferir la correspondiente resolución, que configuraría la declaratoria o existencia de dicho incumplimiento.

OBJETIVOS

Objetivo General

Presentar un análisis a fin de establecer de forma objetiva, la correcta aplicación y declaración por parte de la administración, la cláusula de Caducidad, como solución idónea al incumplimiento presentado por el contratista

Específicos

- Identificar las falencias de las Entidades Estatales al momento de realizar la declaratoria y aplicación de la Cláusula de Caducidad
- Analizar algunos pronunciamientos dados por el Consejo de Estado, sobre la aplicación correcta de la Cláusula de Caducidad como solución al incumplimiento contractual presentado por el contratista.
- Proponer una línea de aplicación y consulta para las Entidades Estatales, en materia de cláusulas de Caducidad, cuando no sea clara su declaratoria

MARCOS REFERENCIALES

ESTADO DEL ARTE

En términos generales, el estudio académico de la cláusula de caducidad del contrato público o estatal en Colombia es escaso, ya que las diferentes investigaciones se han dirigido a la revisión conceptual de los términos que engloban la contratación estatal; Es decir que para hablar del “Estado del arte “ en esta materia es necesario revisar la jurisprudencia que el Consejo de Estado ha venido desarrollando a partir de la inclusión de las cláusulas exorbitantes, más exactamente desde la aparición del Decreto 150 de 1976 por el cual se dictaron normas para la suscripción de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, el cual fue posteriormente derogado por el Decreto 222 de 1983, donde surge por primera vez la Cláusula de Caducidad distinguiendo el régimen de Derecho Privado del régimen de Derecho Público, generando la aparición de los principales problemas que puede llegar a presentar todo ordenamiento jurídico al llevarlo a la vida práctica, en particular las que puede llegar a presentar una cláusula potestativa únicamente del Estado.

Dentro de este escenario, es necesario traer obras como la de “*Régimen De Contratación Estatal*”(Roa Rojas & Roa Diaz, 2008) donde deslumbra el estudio de la materia en general a partir de la realización de comentarios fundamentados en el estatuto de contratación estatal y las demás Leyes y Decretos relacionados con este, que junto con la obra del Profesional del derecho “*Contratos de la administración Pública*”(Cuello Duarte, 2009)Forman y revisten el desarrollo de la actividad estatal a partir del material jurisprudencial y doctrinal que nos ofrecen, la cual es necesaria para el estudio de cualquiera que ejerza su profesión en el área de Derecho Público.

Por otro lado la obra “*Aspectos generales del derecho administrativo colombiano 3Ed.*”(Herrera Robles, 2012)Aterriza más el tema objeto de esta investigación, ya que empieza a desarrollar en uno de sus capítulos el tema de las cláusulas especiales o excepcionales facilitando el entendimiento del ejercicio práctico del Estado al momento de aplicar este tipo de potestades, esto mediante la fundamentación jurídica que ha desarrollado el Consejo de Estado.

Así mismo el libro *“Contratación estatal Aspectos controversiales: Memorias jornada IV de contratación estatal”* (Arciniega de Vivero, 2007) empieza a ampliar el tema de estudio mediante reflexiones prácticas sobre el uso aplicativo que se le ha dado a la Cláusula de Caducidad, evidenciando los principales inconvenientes que han sido materia de estudio por parte del Consejo de Estado.

Como se puede observar, el estudio jurisprudencial del Consejo de Estado está presente en el desarrollo dogmático de los anteriores autores ya que este despliega la definición de “Clausulas Excepcionales” a pasar del tiempo, debido a la importancia jurídica que esta tiene, sometiénola a procedimientos de uso y aplicación a un tiempo de acción para que esta no sea utilizada de manera arbitraria.

Por ello debe estudiarse y definirse el incumplimiento, de manera cualificada para el contratista, vislumbrar lo que verdaderamente pueda repercutir o amenazar gravemente la ejecución contractual, amparados dentro de un procedimiento ajustado a derecho.

Marco Histórico

El ordenamiento administrativo en Colombia nació del ordenamiento francés, el cual origino las bases de lo que hoy llamamos principios del Derecho Administrativo; Esto se vio reflejado al momento de la creación del Consejo de Estado, el cual fue fundado por el libertador Simón Bolívar en 1817, siguiendo los lineamientos del Consejo de Estado francés, fundado por Napoleón Bonaparte.

Es aquí donde empieza a hacerse distinción de los contratos privados con los contratos estatales, bajo la noción teórica francesa de las clausulas exorbitantes, otorgando al Estado una potestad individual e inusual de terminar los contratos dejando de lado el principio de igualdad que se venía desarrollando en el derecho privado.

La doctrina francesa ha dicho que el contrato que contenga una cláusula exorbitante es administrativo, así no tenga por objeto la propia ejecución del servicio público por el particular, ya que si se presentara la ejecución del servicio público, sería superflua la inclusión de la cláusula exorbitante(Georges, 1958)

En Colombia, las puertas que abrieron la posibilidad de organizar una jurisdicción Contenciosa Administrativa fue la constitución de 1886, la cual tendría la competencia de

conocer los asuntos litigiosos ocasionados por las autoridades administrativas de los Departamentos, institucionalizando tribunales cuyo superior seria el Consejo de Estado.

La primera aparición de las clausulas exorbitantes en Colombia se dio con El Decreto 150 de 1976, que puede considerarse como la norma que fija por primera vez la diferencia entre contratos suscritos por la Nación y en su momento sus entidades descentralizadas, el Decreto estableció la suscripción obligatoria de una clausula diferencial denominada Caducidad Administrativa la cual se estipulo como obligatoria en los contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles, de empréstito o de arrendamiento, en dicha cláusula se debía consignar claramente los motivos que den lugar a su declaratoria

Posteriormente el Decreto 222 de 1983 que derogó el anterior, definió las Clausulas Exorbitantes como aquellas que la Ley otorga a la administración para que declare la Caducidad de los contratos que celebra, los termine, modifique o interprete unilateralmente.

El uso de esta cláusula se daba cuando era necesaria la satisfacción de los intereses generales, comprometidos en la actividad contractual de la administración. El Decreto 222 de 1983 previó que, en todo contrato distinto de los de compraventa de muebles o de empréstito, se debía incluir forzosamente la facultad de la administración para declarar la Caducidad, cuando del incumplimiento de las obligaciones del contratista se derivaban consecuencias que hicieran imposible su ejecución o causaran perjuicios a la entidad.(Consejo de Estado 2012)

La particularidad que tuvieron este tipo de clausulas, en el Decreto 222 de 1983, es que fueron consagradas no como clausulas especiales sino como principios de la contratación, consignándose así en el artículo 18, los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales por parte de las entidades públicas.

La diferencia se presentó respecto de la Cláusula de Caducidad, porque esta no se consagro como principio si no como Clausula especial, obligatoria e incluso presunta en los contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles o de empréstito no era obligatoria en los contratos interadministrativos y además se indico que al momento de ser declarada se debían señalar claramente los motivos que dieran lugar a declararla.

Durante su vigencia el estatuto fue ampliamente criticado por; el cúmulo de disposiciones allí contenidas, la precaria celeridad en la aplicación; excesivos controles para

determinados contratos, que generaron parálisis administrativa, con la consecuente desatención del servicio público y de las necesidades básicas de la comunidad.

Entre los formalismos excesivos administrativos a destacar se encontraba la revisión previa y obligatoria de contratos suscritos por los establecimientos públicos nacionales que excedían de una determinada cuantía, los cuales requerían del visto bueno por parte del Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos, la aprobación del Ministro o Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, control que se hizo extensivo a las entidades descentralizadas de los distintos entes territoriales, llegando a impedir no sólo el perfeccionamiento sino la ejecución, especialmente en los contratos de obra pública. (Dirección nacional de salud de Antioquia., 2009)

A partir de allí y del cambio de Constitución Política que tuvo el país en 1991, se hizo necesario sanear aquellos inconvenientes que había tenido el Decreto 222, ya que este no había en lineamiento con los nuevos fines del Estado que establecía la Carta Magna y mucho menos era consecuente con los nuevos principios constitucionales que buscaban la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, es así que en 1993 se sancionó el nuevo estatuto general para la contratación de la administración pública, la Ley 80 instituyendo la universalización jurídica y normativa de la contratación pública en el país.

Entre las características más sobresalientes de esta Ley, frente a anteriores son:

- Fue el resultado de un estudio elaborado por un equipo de trabajo, en donde participaron gremios vinculados, de alguna manera, a la actividad contractual del Estado.
- Consigna normas y principios generales para todas las entidades estatales de todos los niveles, por lo que se considera universal, facilitando que la gestión de la administración pública sea ágil y eficiente.
- Se establece el principio de la Autonomía de la voluntad de las partes, para el contrato estatal legalmente celebrado, es decir que esta sería Ley para ellas, dentro del mismo se pueden incluir todas las condiciones convenientes, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución Política y a la Ley.
- Se suprimen requisitos, trámites y autorizaciones de diferentes instancias jurídicas e institucionales que causaban trabas a la gestión, dificultando la ejecución oportuna del objeto del contrato

- La inclusión de cláusulas extraordinarias o excepcionales, contempladas no como principios sino como medios de control para el cumplimiento del Objeto contractual tal y como se puede evidenciar en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en donde las partes actúan con el objeto de satisfacer el bien público. (Torres Rodriguez, 1998)

Como se puede observar, este sería el inicio del protagonismo que tendrían las cláusulas excepcionales en la contratación estatal, ya que entrarían a materializar el poder de la administración pública, reflejado en la dirección y la ejecución del contrato mediante la interpretación, modificación, terminación unilateral y la figura de la Caducidad, esta última utilizada cuando la prestación de los servicios públicos se viera amenazada por la paralización o afectación grave por parte del contratista, asegurando de esta manera su continua y adecuada prestación.

Estas facultades por estar ligadas a los principios constitucionales, sobre todo al de legalidad y a los fines del Estado tienen la particularidad de ser propias, ineludibles, intransferibles e imprescriptibles.

El contrato estatal en Colombia se da como aquel acuerdo de voluntades donde una de las partes es una entidad estatal, la cual tiene como intención suscribir o ejecutar contratos que persigan el cumplimiento de los fines del Estado, generando obligaciones previstas en el derecho privado o en reglamentaciones especiales, es decir colocar a la función administrativa al servicio de los intereses generales tal y como lo dice el artículo 209 de la constitución política de Colombia.

Entre estos se pueden incluir los contratos de obra, los de concesión, los de consultoría, el contrato de prestación de servicios y el de Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública; Los contratos estatales presentan algunas características que se pueden identificar en cuanto a su formación, a los intereses que intervienen y a las cláusulas excepcionales que contienen.

Entre las características del Contrato Estatal Herrera Robles (2012) describe este como un contrato bilateral, es decir, que para producir efectos jurídicos se necesita de la intervención de dos o más voluntades, es oneroso ya que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, es conmutativo como quiera que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa equivalente a la que tiene que hacer la otra parte, es solemne en la medida de que este tipo de contrato está sujeto a formalidades especiales tal y como lo expone el artículo 39 y 41 de la

Ley 80 de 1993, el cual establece que estos deben constar por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, salvo aquellos que la Ley les impone cumplir con dicha formalidad.

La particularidad que diferencia los contratos estatales de los contratos privados, es que en estos están presentes las cláusulas excepcionales que se definen como aquellos privilegios que la Ley confiere a las entidades estatales, dándoles la función de control y dirección de los contratos; La particularidad que tienen este tipo de cláusulas es la de romper con el principio de igualdad y libertad contractual que se ve en el derecho privado, enfocado al beneficio del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado, siendo su objetivo principal el de evitar que la administración incurra en un proceso judicial que determine la culpa o no del contratista, abandonando la ejecución de la obra, prestación de servicio o suministro. Es así que el contrato estatal se vuelve un instrumento por el cual la administración pública busca proteger el interés General (Herrera Robles, 2012)

Por su carácter excepcional es necesario precisar que su aplicación es totalmente restrictiva, de allí que la estipulación exorbitante se ha previsto como de estricta competencia reglada es decir, que el estatuto contractual determina que contratos admiten la estipulación exorbitante y cual no.(Lamprea rodriguez, 2007)

Estas potestades excepcionales de la administración son :

- La interpretación Unilateral
- La modificación Unilateral
- La terminación Unilateral
- La Caducidad.

Se debe tener en cuenta, que no en todos los contratos que suscribe la administración las cláusulas excepcionales están presentes, toda vez que el mismo estatuto de contratación, determina que cuando estos no desarrollen directamente la prestación de un servicio la Administración no puede estar por encima del particular, tal y como se evidencia en los contratos de cooperación y colaboración, en los cuales se cae de su peso actuar con prevalencia frente a éstos.

Conforme al tema central de investigación, la profundización a tratar será dirigida a la cláusula de Caducidad, por su importancia y relevancia jurídica al ser la de mayor connotación y producir los mayores efectos jurídicos al momento de aplicarla.

Desde el punto de vista doctrinal la Caducidad es la facultad que tiene la Administración para dar por terminado un contrato, por la ocurrencia de uno de los hechos previstos por la Ley, ya sea por culpa imputable al contratista o por simples acontecimientos que no obstante se refieran a éste y no constituyan incumplimiento del mismo, ya que el legislador fue más allá al tener en cuenta la presencia de otras circunstancias ajenas al contrato, pero que tienen que ver directamente con el contratista.

La cláusula que tiene carácter sancionatorio y, por ello debe ser la última ratio a la que debe acudir la entidad pública contratante, en aras de evitar sancionar a su contratista, por cuanto lo puede afectar de tal magnitud, que puede generar su muerte económica, por la inhabilidad que trae consigo, la aplicación de ésta cláusula.

La declaración de Caducidad de los contratos estatales es una sanción para los contratistas, en razón a sus efectos, que son la inhabilidad para contratar con el Estado, además de la exigibilidad de las multas y garantías que se hubiesen pactado, perdiendo el contratista el derecho al reconocimiento de alguna indemnización.

Su aplicación debe estar por ello condicionada al agotamiento de un procedimiento previo que permita un debate entre la administración y contratista, sobre la necesidad, viabilidad y fundamentos de aplicación.

La cláusula excepcional de la Caducidad, tiene las siguientes características:

- Constituye el instrumento idóneo para que la administración, sin la intervención del juez, declare la extinción del vínculo contractual, cuando a su juicio, el contratista, está incurso en alguna situación o conducta, que no le permite continuar con el contrato, por ello se denomina excepcional o exorbitante.
- La administración queda libre para escoger otro contratista, cuyas calidades le garanticen a la administración seguir con el cumplimiento del contrato.
- El Estado debe alegar y demostrar hechos objetivos que ameriten su procedencia, en el acto administrativo que la declare caducidad, debe permitir al

contratista ejercer su derecho de defensa, en primer lugar ante la administración y posteriormente ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Según la Corte Constitucional, la cláusula excepcional de Caducidad no puede confundirse con la facultad sancionatoria del Estado, que se le reconoce a este, en el campo disciplinario, tributario, etc., en desarrollo de su potestad punitiva, que por lo tanto exige, por su misma naturaleza, la observancia de un debido proceso a efectos de imponer las sanciones correspondientes

La Ley 80 de 1993, esta establece que la Caducidad procede ante el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, cuando afectan grave y directamente la ejecución del contrato y en consecuencia conduzca a su paralización, caso en el cual, la entidad lo dará por terminado mediante acto administrativo motivado.

La caducidad tiene un doble carácter Sancionatorio a saber:

- Al declarar la Caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, este se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta Ley
- La declaratoria será constitutiva del siniestro de incumplimiento amparado en garantías.

La caducidad es un remedio al que la administración recurre en caso extremo, únicamente cuando no exista otro remedio capaz de asegurar la continuidad del funcionamiento del servicio o la ejecución de la obra.

Las condiciones para su aplicación son expresas y restrictivas, pero lamentablemente no están consignadas en una sola norma, sin embargo pueden resumirse en:

- Empleo de materiales que no cumplen con las especificaciones del contratante.
- Desorden administrativo en la contratación de trabajos por parte del contratista.
- Falta de interés para ejecutar el objeto del contrato estatal.
- Abandono y descuido irresponsable de la obra.
- Incumplimiento del cronograma de avance de las obras.

- Paralizar en repetidas ocasiones la realización del objeto del contrato estatal, sin ninguna justificación.
- Falta de equipos o herramientas adecuadas para ejecutar con eficacia el contrato y, que al momento de vencerse el plazo se sepa casi con certeza, que el contratista no cumplirá a cabalidad con el objeto del contrato
- Cuando el contratista reciba amenazas o peticiones de quienes actúen fuera de la Ley para obligarlo a hacer u omitir algún acto o hecho, y no cumpla con dar aviso oportuno de ello a la entidad como a las autoridades competentes.
- Cuando en un proceso fiscal un contratista del Estado resultare responsable.
 - Por no protección a la ingeniería nacional.
 - Ante la imposibilidad de constituir garantías para los contratos de obra o concesión, que hayan de ejecutarse por etapas sucesivas.
 - Por mora en el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social integral, por parte del contratista, por un periodo igual o superior a cuatro (4) meses.

De acuerdo a lo señalado anteriormente se evidencia la complejidad que tiene la aplicación de la Clausula de Caducidad, ya que la norma es dispersa al momento de precisar las circunstancias y eventos en los cuales se debe aplicar esta, sometiendo a las Entidades Estatales a realizar una revision minuciosa de la jurisprudencia emitida sobre el tema y haciendo que la administracion sea mas vulnerable al momento de someterse a un litigio

Aunado a lo anterior el Consejo de Estado ha definido la caducidad con un limite en el tiempo, y es que ella solamente puede hacerse uso mientras el término de los mismos esté vigente y no después del vencimiento de los plazos pactados.

RESÚMENES ANALÍTICOS DE INVESTIGACIÓN (RAI)

RAI 1

Terminación unilateral del contrato de concesión municipal y reclamo de Ilegalidad.

Eduardo Jequier Lehuedé (2013), en su artículo científico “Terminación unilateral del contrato de concesión municipal y reclamo de ilegalidad (Ley orgánica constitucional de municipalidades - 18.695 - LOCM) junto con análisis de jurisprudencia, Chilena”, con el desarrollo de este proyecto se pretende: Determinar con cierta certeza, a partir del examen de

sentencias, si las municipalidades Chilenas están facultadas por la Ley para poner término discrecional, unilateral y de manera anticipada a un contrato de concesión válidamente celebrado, y si los administrados contratantes pueden impetrar en tales casos la tutela jurisdiccional a través del reclamo de ilegalidad contemplado en la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades

El trabajo se desarrolla en torno a los alcances de dos sentencias judiciales, es decir se utiliza la fuente auxiliar de la Jurisprudencia.

Lo primero es analizar el correcto sentido y alcance de la facultad que el art. 36 inc. 3° de la Ley N° 18.695 que concede a las municipalidades, poner término anticipado a un contrato de concesión legalmente celebrado, para posteriormente precisar las *facultades exorbitantes de la Administración*.

Enseguida se analiza la legitimidad de los concesionarios afectados por actos administrativos derivados del ejercicio de esa facultad, de acuerdo a los artículos 151 y ss de la, Orgánica Constitucional de Municipalidades –LOCM– Chile.

Por una parte, existe la potestad discrecional absoluta para que los municipios terminen anticipadamente un contrato de concesión según el art. 36 inc 3° ° de la Ley N° 18.695 cuando sobrevenga un detrimento o menoscabo grave al uso común o cuando concurren otras razones de interés público, circunstancia exclusiva y excluyente del ente administrativo, sin injerencia ni intervención de los órganos jurisdiccionales.

En estos casos no procede la acción de reclamación contemplada en la LOCM, porque el actuar de la administración sería de naturaleza contractual.

En cuanto a la procedencia del reclamo de ilegalidad de la LOCM. Sentencia de la corte de apelaciones de Chillán, de 11 de enero de 2010.

Mediante sentencia de 11 de enero de 2010, rad N° 380-2009 “Ingeniería en Electrónica, Computación y Medicina S.A. contra la Municipalidad de Chillán”, por la terminación anticipada de un contrato de concesión celebrado entre la empresa adjudicataria y el municipio concedente.

La Municipalidad finaliza anticipadamente un contrato de concesión, mediante un Decreto de la alcaldía, invocando el carácter discrecional que contemplado en el art. 36 inc. 3° de la LOCM, la Municipalidad a su vez invoca a su favor una sentencia del año 2008

proferida por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que si bien no se refería a un contrato de concesión, definía el sentido en que debía pronunciarse, según la fuente citada el Decreto de la Alcaldía que termina unilateral y anticipadamente un contrato de concesión no emana del ejercicio de una potestad administrativa propiamente tal, de manera que su contenido y alcance, aun cuando se impone unilateralmente y por acto de autoridad al concesionario, no sería impugnabile por vía de reclamación de ilegalidad.

Actos administrativos y derecho a la tutela judicial.

La sentencia citada proscribire el acceso a la tutela judicial efectiva por la vía del ejercicio de la acción de reclamación de ilegalidad que contempla actualmente el artículo 151 de la LOCM, infringe la norma legal superior porque el artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República Chilena que establece todo lo contrario, es decir la potestad de acudir ante los tribunales para reclamar los derechos vulnerados ante la Administración del Estado.

Se trata, pues, del derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución Política le reconoce a los particulares en general, versus los actos de la Administración del Estado.

La sentencia introduce un presupuesto de procedibilidad que la Ley no contempla

La tutela judicial efectiva o “debido proceso”, como lo denomina la Carta Fundamental Chilena en el art. 19 N°3, sería procedente si se cumplen los requisitos procesales para ello.

La sentencia contempla que el reclamo de ilegalidad solo procede respecto de actuaciones que refieran el “*ejercicio de una potestad administrativa del alcalde*” y que, en el caso concreto, el Decreto que fuera objeto del reclamo no constituiría una manifestación de dicha potestad.

En síntesis, que la exigencia de presupuestos o requisitos procesales para acceder a la tutela judicial solo pueden ser establecidos por el legislador y nunca por el intérprete, tales exigencias deben guardar la necesaria proporcionalidad y la racionalidad suficiente para no afectar el núcleo del derecho y su efectivo ejercicio.

La sentencia desvirtúa la naturaleza jurídica del acto concesional, en cuanto fenómeno jurídico complejo.

La naturaleza jurídica del proceso concesional es compleja está integrado por una fase precontractual pública (preparación y aprobación de Bases, licitación y adjudicación) y una

fase privada (celebración y ejecución del contrato de concesión) cuyo objeto se integra precisamente con el contenido de esas Bases publicas

Ambas fases, si bien no se confunden en su orden secuencial, forman parte de un mismo y único proceso global, al punto que no puede concebirse la una sin la otra. Por lo mismo, al aprobarse las bases de la licitación y al ser aceptadas por los oferentes interesados (y especialmente por el adjudicatario), se crea entre las partes un vínculo jurídico de naturaleza mixta o *sui generis*, que se caracteriza, precisamente, por una falta de definición entre lo público y lo privado que, está situado en las fronteras del Derecho público y del Derecho privado.

La concesión, por ende, no es ni puramente pública ni puramente privada. Por ello, cuando el órgano administrativo vulnera una disposición del contrato de concesión atenta también contra las Bases y el principio juridicidad que rige su actuar como ente público.

Su estatus jurídico no es asimilable entonces al de un simple particular que incumple sus obligaciones contractuales a la luz del derecho común, pues aquí la imposición de su criterio como ente público no repercute en un ámbito de derechos e intereses puramente privados y disponibles, sino incluso en el ámbito competencial que la Constitución y la Ley le asignan al propio órgano administrativo, lo que reconoce precisamente el carácter vinculante que asume un contrato de concesión suscrito válidamente

En cuanto a la facultad del municipio de poner término unilateral a un contrato de concesión; sentencia dictada por LA I. Corte De Apelaciones de San Miguel, de 4 de marzo de 2011

Resulta indispensable determinar el alcance de la facultad que concede a la Municipalidad el art. 36, inc. 3°, de LOCM. La Ley condiciona el ejercicio de la mencionada Facultad discrecional o exorbitante contemplada en el art. 36 de la LOCM, a la concurrencia de circunstancias materiales determinadas, por ello los presupuestos de esta deben estar, plasmados en el acto administrativo que la decreta, y además deberá ser susceptible de recursos.

La Administración pública se sirve de los mismos medios jurídicos contemplados en el Código Civil cuando actúa como sujeto de Derecho privado por tanto así debe ser también su relación contractual con los ciudadanos.

El Estado y sus órganos se encuentran sometidos a la Constitución y a la Ley en términos estrictos y sin excepciones, lo que exige el respeto de los derechos que adquieren los particulares que contratan con la administración, por lo tanto afirmar que una Municipalidad puede terminar unilateralmente un contrato de concesión legalmente celebrado y vigente, por su sola determinación y voluntad y aun cuando no exista causa real para ello, constituye una tesis contraria a la constitución chilena.

La terminación unilateral del contrato de concesión municipal podría declararse ilegal y reclamarse como tal, porque los efectos de un contrato legalmente celebrado constituye Ley para las partes al tenor del art. 1545 del C. C Chileno, que no solo atañe al ámbito particular si no también estatal, cuando se actúa en el ámbito jurídico contractual vinculándose con dichos particulares.

Conclusiones

Las Municipalidades chilenas carecen facultad discrecional, unilateral y anticipada para terminar un contrato de concesión válidamente celebrado.

En cuanto a los administrados contratantes pueden reclamar idóneamente aquella declaratoria de terminación Unilateral mediante la acción de declaratoria de ilegalidad, contemplada en los arts. 151 y ss., de la LOCM, Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades de Chile.

RAI 2

Aplicación de multas y cláusula penal en contratos celebrados por entidades estatales con régimen privado de contratación.

María Elena Grueso Rodríguez (2011), en su artículo científico “Aplicación de multas y cláusula penal en contratos celebrados por entidades estatales con régimen privado de contratación”, efectúa un análisis de la jurisprudencia, doctrina y normas vigentes, buscando establecer la viabilidad o no para las entidades de carácter estatal con régimen privado de contratación de aplicar e imponer multas y la cláusula penal en sus contratos.

El trabajo parte de la aplicación de multas y cláusula penal en los contratos celebrados por Entidades Estatales con régimen privado de contratación, como lo son: El Banco de la República, Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, Las Universidades Públicas, las Empresas Industriales del Estado, los Establecimientos de Crédito, Central de Inversiones

S.A., el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativa, Findeter, Bancoldex y el FOGAFIN, entidades que celebran sus contratos con las reglas del derecho privado aparados por la misma Ley, para competir con los particulares que desarrollan un objeto igual o similar al de ellos pero dando cumplimiento cabal a los principios de la función administrativa, esto es: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad.

Al mismo tiempo, se mira la facultad de aplicar dichas clausulas necesidad de acudir a la jurisdicción.

Posteriormente analiza lo dicho por la jurisprudencia y la doctrina, en cuanto a la aplicación de las cláusulas cuando estas no sean claras para las propias entidades o para los particulares que contratan con estas en caso de presentarse diferencias contractuales y se tenga que acudir a la imposición de la cláusula penal o multas.

Entidades con régimen especial de contratación

La Ley ha otorgado a algunas entidades estatales, la prerrogativa de aplicar a sus actos y contratos el régimen privado de contratación sin la aplicación de la Ley 80 de 1993.

Lo anterior con el fin entre otras cosas, que dichas entidades puedan entrar a competir con los particulares que desarrollan un objeto igual o similar al de ellos.

Dichas entidades, acorde a su régimen legal especial, tienen que respetar los principios generales de la actividad contractual contemplados el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas legalmente para la contratación estatal y en algunas circunstancias muy particulares tendrán que aplicar también el Estatuto de Contratación Estatal.

Dichas entidades son:

- a) ***Las empresas de servicios públicos;*** según el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por la Ley 689 de 2001, los contratos que celebren estas entidades no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de la Contratación Administración Pública; dicha Ley excluye a las E.S.P, las cuales deben someterse al estatuto de contratación cuando suscriben contratos con entes territoriales y en los contratos de concesión para el acceso del espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones.

b) **Universidades públicas:** La Ley 30 de 1992, en lo referente a los actos y contrato celebrados por las universidades públicas, estableció que se rigen por el derecho privado, no obstante estarán sujetas a los requisitos de aprobación presupuestal, publicación en el Diario Oficial y pago del impuesto de timbre.

c) **Empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta:** Se rigen por la Ley 80 de 1993, salvo los siguientes eventos.

I. En los casos en que se encuentren en competencia con el sector privado de orden nacional o internacional y

II. En desarrollo de una actividad que constituya monopolio rentístico o un mercado regulado, en tales casos se regularan por las normas aplicables a dichas actividades económicas.

De las potestades exorbitantes de la administración.

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, establece que para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato podrán pactar cláusulas excepcionales al derecho común.

La Ley 80 de 1993 en lo que refiere a las potestades exorbitantes y a los contratos estatales, no hace diferenciación si la entidad se rige por el estatuto de contratación estatal o por el derecho privado, por ello es importante destacar el artículo 14 ibídem, que establece que las cláusulas exorbitantes son obligatorias en los contratos suscritos por las entidades estatales en los siguientes casos:

1. En los contratos de prestación de servicios públicos.
2. En los contratos de concesión de bienes del Estado.
3. En los contratos de obra.
4. En los contratos que se celebren en desarrollo de actividades que constituyan monopolios rentísticos.

Que las mismas se entienden pactadas por las partes aunque no se hayan incluido en el clausulado del contrato.

El párrafo del mismo artículo 14, establece en qué clase de contratos no se pueden pactar las cláusulas o potestades exorbitantes sin incluir a aquellos celebrados por entidades estatales con régimen especial de contratación.

La Ley 80 de 1993 pretendió mayor igualdad en las relaciones contractuales, por lo tanto limitó la utilización de las cláusulas exorbitantes a casos particulares.

Concuerdan con esta posición algunos tratadistas que afirman que existe otro grupo de contratos en los cuales la inclusión de dichas cláusulas exorbitantes, están sujetas al acuerdo de voluntades entre las partes y la ausencia de las mismas en el clausulado del contrato impide su ejercicio, estos son los contratos de prestación de servicios y los de suministro.

La aplicación se podría darse desde los siguientes puntos de vista.

Aplicación y descuento directo de las multas por parte de la entidad contratante en virtud del principio de la autonomía según el artículo 1602 del Código Civil.

De la lectura de la Ley 80 de 1993, se puede establecer que lo que se busca en los contratos celebrados entre las entidades estatales y los particulares es que prime el principio de la autonomía de la voluntad, se pueden incluir en los contratos estatales todas las cláusulas requeridas para regular la relación contractual, siempre que las mismas no vayan en contra de la Constitución y la Ley, por lo tanto las entidades estatales podrán incluir cláusulas como la penal y las multas, bajo un régimen privado, siempre que medie la autonomía de la voluntad y podrán hacerlas efectivas directamente sin la necesidad del juez cuando a ello haya lugar.

Bajo este entendido, entidades de régimen especial cuyos actos y contratos son del derecho privado podrán pactar cláusula penal y multas a modo de compensación de los valores que genere el contratista incumplido, en concordancia con el artículo 1602 del Código Civil que establece que el contrato es Ley para la partes.

También el artículo 1546 del mismo código dispuso que en los contratos bilaterales, si uno de los contratantes no cumple lo pactado, opera la condición resolutoria y, en tal caso, por ministerio de la Ley se faculta al otro contratante para pedir a su arbitrio, o el cumplimiento del contrato o su resolución, en ambos casos con la indemnización de perjuicios correspondiente.

La Imposibilidad jurídica de la imposición unilateralmente de las multas y el cobro de la cláusula penal.

Las entidades públicas en ningún caso pueden imponer las multas y la cláusula penal con un procedimiento propio, es decir, que aunque se pacten en los contratos dichas cláusulas, si las quieren hacer efectivas deben acudir al juez del contrato.

Lo anterior, tiene su sustento en un pronunciamiento del Consejo de Estado el cual refiere que de acuerdo al principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede multar directamente a la otra por supuestos incumplimientos pues no se puede ser Juez y parte dentro de un Contrato

Las potestades exorbitantes, sólo pueden ser aplicadas unilateralmente por las entidades a las cuales la Ley les ha asignado tal facultad.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que aquellos contratos estatales suscritos por entidades públicas con régimen de contratación regido por el derecho privado, no cuentan con la potestad exorbitante de aplicar directamente las multas o la cláusula penal, por lo tanto, para hacerlas efectivas se tendrá que acudir al juez natural.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se restringe la aplicación de las cláusulas excepcionales, a aquellas entidades estatales que se rigen por el Estatuto General de contratación.

Conclusiones

La facultad con que cuenta la administración para incluir la cláusula penal y las multas en los contratos en los cuales impera el derecho privado, solamente opera para aquellos casos que la Ley lo autoriza expresamente, sin que le sea posible a la entidad pública extenderla a otros eventos, porque proviene de un contrato de naturaleza especial.

En los contratos suscritos por entidades públicas, cuyo régimen jurídico aplicable sea el derecho privado, en donde se incluyan cláusulas exorbitantes, ninguna de las partes podrán ejercerlas, pues tales cláusulas provienen de la Ley y no del pacto contractual.

Los contratos suscritos por las entidades estatales cuyo régimen legal se sujeta a los lineamientos del derecho privado, no pueden apartarse del principio de legalidad que en materia contractual les rige, por tratarse de normas de orden público y obligatorio cumplimiento.

Si una entidad estatal con régimen de contratación de derecho privado quiera hacer efectiva una multa o una cláusula penal deberá acudir ante la jurisdicción contenciosa

administrativa, como juez natural del contrato, para que a través de la acción de controversias contractuales, se declare la responsabilidad contractual del contratista, previa declaratoria de responsabilidad por incumplimiento y como consecuencia de ello se ordene reconocer y pagar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

El anterior trabajo es relevante, porque aclara la diferencia entre la aplicación de la Cláusula Penal y la multas como alternativa de la declaratoria de Caducidad la cual debe operar como se indicado como la última alternativa del Estado, cuando no se encuentre otro medio y se deba dar por terminado el contrato.

RAI 3

Incidencia de las clausulas exorbitantes en los contratos modificatorios al contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de Hidrocarburos para el Estado ecuatoriano

Cristina García Gutiérrez (2014), en el trabajo titulado “Incidencia de las clausulas exorbitantes en los contratos modificatorios al contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de Hidrocarburos para el Estado ecuatoriano, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para el año 2009”, se presentan los principales problemas de la contratación estatal conforme al tema de la explotación del petróleo en Ecuador, Dentro de las palabras claves que se pueden enfatizar y tener en cuenta para el desarrollo del trabajo se encuentran: Clausulas Exorbitantes, Legislación, Administración Pública, Contratos, Hidrocarburo, Desequilibrio, Exploración, Explotación y Estado.

Dentro del documento se evidencia en un principio la esencia de la investigación, el cual se dirige a la necesidad de modificar la ley orgánica de la contratación pública en Ecuador, a lo que concierne a las clausulas exorbitantes que se utilizan, ya que desde el punto de vista de la autora, se han presentado ciertas controversias y litigios que únicamente dejan perdidas en la economía ecuatoriana, poniendo en duda la esencia final de estas, las cuales solo buscan un blindaje especial para el Estado ecuatoriano frente a los demás tipos de contratos privados o públicos.

La autora hace una presentación rápida sobre cómo se manejan las clausulas exorbitantes en su país, dando un elemento clave y que va a ser importante en el desarrollo de la investigación, el cual es que para la implementación de este tipo de cláusulas en los

contratos, debe existir un objeto de interés general, a su vez motivado por la administración pública y firmado por la autoridad competente.

Fue consultada una vasta base de fuentes para la realización del presente trabajo, de los temas se pueden resaltar algunos documentos como lo son El libro Derecho petrolero Ecuatoriano, la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos y al Régimen Tributario Interno, la Constitución Política de Ecuador, el libro escrito por Juan Carlos Cassange, titulado El contrato Administrativo y la Ley orgánica al Sistema de Contratación Pública; empero, el tema de mayor relevancia y al que se le hace un enfoque investigativo es el de los Hidrocarburos en Latinoamérica, y como este ha tenido una relevancia bastante significativa en la economía y en la legislación de estos.

Se realiza una pequeña introducción de lo que pretende la autora lograr con esta investigación, es así que empieza relatando sucesos importantes de la historia mundial de los hidrocarburos, y como este recurso no renovable ha tenido una incidencia importante en el impacto económico, ecológico y cultural del planeta tierra y su evolución, trayendo fuentes teóricas en las cuales varios personajes han tratado el tema del petróleo en los diferentes campos tecnológicos y como este ha llegado a considerarse uno de los elementos químicos más importantes para la humanidad.

A continuación se hace un enfoque más específico, dirigiendo el tema de los hidrocarburos en Latinoamérica, de la misma manera, retoma ciertos aspectos importantes sobre la influencia económica y política de este en los países conformantes del lado sur del continente americano para así terminar de encaminar el tema en su país Ecuador.

Es allí, donde empieza a desglosar el documento mediante la metodología hermenéutica, llevando así el tema de los hidrocarburos a un plano legislativo, mostrando como su país ha tenido que adaptarse a la necesidad de proteger tal recurso no renovable y sacándole el mejor provecho para su desarrollo como estado; Así mismo demuestra como la contratación pública ha tenido que adaptarse a los cambios sociopolíticos y socioculturales respecto a este, ya que se vuelve un elemento bastante apetecible para las empresas dedicadas al tratamiento y procesamiento del petróleo en energía y combustible.

Por esto es que el Estado ecuatoriano entra en la necesidad de buscar las formas legislativas para que la explotación del petróleo sea equitativa tanto para el país como para el

contratante experto en este, sin que se rompa ese equilibrio económico indispensable en todo contrato oneroso; presenta de manera exhaustiva la forma en la cual el estado mediante las cláusulas exorbitantes busca la manera de blindar los contratos públicos, haciendo la salvedad de cómo estas no nacen de la constitución ni de una ley, sino que emergen de actos administrativos expedidos por autoridades competentes donde se evalúa.

De igual manera se presentan las principales características de los contratos estatales en Ecuador, entre ellas el cómo nacen, su necesidad principal, su objetivo y sus incidencias jurídicas, así mismo las formas de garantía de estos contratos, y las formas en las cuales terminan.

Conclusiones

En el apartado de las conclusiones la autora engloba la investigación realizando un resumen conciso de cada uno de los capítulos que trabajo, llegando a la solución del problema principal dejando dos propuestas sobre la mesa, por un lado deja la idea de crear una instancia la cual se dedica exclusivamente de los temas relacionados con la exploración y explotación de los hidrocarburos en Ecuador, toda vez que cuando se presente algún problema contractual, las partes puedan acudir a esta y resolver sus diferencias de manera equitativa, sin que estas cláusulas exorbitantes se vuelvan objeto de vulnerabilidad para el contratista.

Por otro lado deja la idea de crear una ley en la cual queden establecidas las cláusulas exorbitantes y su manera de aplicación dejando un borrador y una propuesta la cual la autora concluye es la más adecuada sin transgredir los principios constitucionales de su país.

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

Marco Jurídico

Para garantizar la viabilidad de la investigación, es necesario analizar e interpretar la normatividad específica referente a las Clausulas Exorbitantes y en especial: La Constitución Política de Colombia; Artículo 150; Ley 80 de 1993; Artículos 14 al 18; Ley 1150 de 2007 Artículo 17; Ley 1474 de 2011 artículo 86.

La Declaratoria De La Caducidad Como Acto Reglado.

La declaratoria de Caducidad de un contrato constituye un acto reglado, pero que igualmente juegan razones de oportunidad y conveniencia. En tal sentido, cuando la administración pública contratante se ve avocada a tomar la medida extrema de aplicar la cláusula excepcional de Caducidad, lo hace por razones de servicio público y ante el fracaso de otras medidas de apremio o coercitivas que pueda tomar según la Ley.

El Consejo de Estado ha dicho que los contratos deben cumplirse de buena fe y, el Estado los celebra para que se ejecuten, no para revocarlos o rescindirlos, por ello el acto administrativo en ocasión de un grave incumplimiento deber evidenciar que se está en peligro la satisfacción de los fines del Estado.

La Caducidad es una sanción muy delicada, que inhabilita al contratista para celebrar futuros contratos, por el término fijado en la Ley. Por tal motivo la administración, debe ser muy cuidadosa al tomar esta medida, pues de lo contrario, corre el riesgo de tener que indemnizar todos los perjuicios causados al contratista inocente. Además, cualquier desfase o exceso en la materia que se estudia, es atentado al principio de la buena fe (art. 83 de la Constitución Política)

Presupuestos para la declaración

Para que la administración pueda ejercer la correspondiente potestad sancionatoria, se debe establecer un programa o cronograma de trabajo que contenga una serie de plazos parciales, dentro de los cuales el contratista debe ejecutar el contrato de tracto sucesivo.

Por lo que al vencimiento del plazo estipulado en el contrato, sin que el contratista haya satisfecho sus prestaciones o las haya satisfecho tardía o defectuosamente, configura el fenómeno de incumplimiento contractual.

Hace parte del debido proceso, para imponer la cláusula de Caducidad al contratista, imponerle multas al contratista, previo a su declaración, por cuanto, la imposición de la multas tiende a constreñir al contratista a cumplir sus obligaciones contractuales.

La Corte Constitucional en relación al debido proceso de la cláusula excepcional de Caducidad, ha reiterado que no debe confundirse con la facultad sancionatoria del Estado, que se le reconoce a este, en el campo disciplinario, tributario, etc., en desarrollo de su potestad punitiva, que por lo tanto exige, por su misma naturaleza, la observancia de un debido proceso, dado que la Caducidad es una sanción y, por ello requiere de un procedimiento administrativo, que le respete al contratista el debido proceso.

Aunque no hay un procedimiento administrativo para aplicarla, la Corte Constitucional estableció un procedimiento para la comprobación de los hechos causa de la declaratoria de Caducidad y es que la entidad pública contratante está obligada a realizar: I. Visitas II. Requerimientos III. Acceder a los informes que le permitan determinar la forma en que se está cumpliendo lo pactado por parte del contratista.

Seguimiento en el que el contratista, puede ejercer el derecho de defensa, debe poder participar en estas visitas, acceder a los informes sobre el cumplimiento del contrato, gozando de la oportunidad para rebatirlos. Igualmente, está participando cuando rinde o responde requerimientos sobre el cumplimiento de sus obligaciones, etc., y si bien no existe un procedimiento específico previo para la declaración de Caducidad, estos pasos previos constituyen el mecanismo que le permite al contratista conocer de la inconformidad que sobre su conducta contractual.

Por tanto, estas “actuaciones previas”, han de considerarse como el procedimiento que la administración debe agotar para declarar la Caducidad, permitiéndose, entonces, la audiencia del contratista, garantizando así, su derecho a conocer y participar en la decisión de la administración.

Obviamente, toda la actuación descrita anteriormente, es previa para que el contratista no esté indefenso de la aplicación de la cláusula de Caducidad y la entidad está en la

obligación de expedir un acto administrativo debidamente motivado, donde se plasmen la razón o las razones que dan lugar a su aplicación, con dos objetivos claros, el primero, es que el acto debe contener motivación y, el segundo es dotar al contratista de la posibilidad de controvertir la decisión misma, con el agotamiento de la vía gubernativa.

Por su parte el Consejo de Estado indica que la declaratoria de caducidad es una medida que no debe tomar de manera sorpresiva al contratista y que se debe brindar a este la oportunidad de ajustar su conducta frente a las estipulaciones contractuales.

Este es el sentido del art. 18 de la Ley 80 de 1993 cuando señala que en caso de la entidad decida abstenerse de declarar la Caducidad, adoptara las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado, como sería la imposición de multas.

La administración a la hora de aplicar la cláusula de Caducidad, debe aplicar los procedimientos que se establecen en el Código Contencioso Administrativo, que son de obligatorio cumplimiento por disposición del artículo 29 de la Constitución y 77 de la Ley 80 de 1993 y, por otro lado, si no se aplica se vulnera fundamentalmente el derecho de defensa, en concordancia con los principios de economía, eficacia y contradicción

Obligada consecuencia, de las anteriores normas aplicadas 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 art. 77 de la Ley 80 de 1993 las actuaciones contractuales que adelante la entidad pública contratante y que puedan incidir en la relación contractual.

Así exista en el ámbito administrativo algunas restricciones en el ejercicio de los derechos, como las facultades exorbitantes o el poder disciplinario-, los principios constitucionales del debido proceso (C.P. art. 29) deben ser respetados en su contenido mínimo, particularmente en lo relativo a los requisitos de legalidad formal y tipicidad.

Toda persona tiene derecho a que antes de ser sancionada se realice un procedimiento mínimo que incluya la garantía del derecho de defensa. Por cuanto, la sola exigencia de una certificación secretarial o de una declaración de dos o más testigos presenciales para sancionar al acusado, constituye una acción unilateral de la administración contraria al Estado de Derecho.

Como consecuencia necesaria, se deriva, que carece de respaldo constitucional la imposición de sanciones administrativas de plano con fundamento en la comprobación objetiva de una conducta ilegal, en razón del desconocimiento que ello implica de los principios de contradicción y de presunción de inocencia, los cuales hacen parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso (T 145 de 1993).

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

La Ley 58 de 1982, que en su artículo 5º, que indicaba que a falta de procedimiento especial las actuaciones administrativas se cumplirán los siguientes principios: audiencia de las partes, enumeración de los medios de prueba que puedan ser utilizados en el procedimiento; necesidad por lo menos sumaria de motivar los actos que afecten a particulares” y adicionalmente el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, establece que contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas proceden los recursos en vía gubernativa.

Debido a lo anterior y conociendo que el efecto de la Caducidad es el aniquilamiento de la relación contractual, es apenas obvio que una medida de tanta trascendencia en el contrato, no se tome de manera sorpresiva para el contratista y se le brinde la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales.

Estando el contratista en el supuesto fáctico del incumplimiento, tiene derecho a que la administración le dé a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento y con lo cual la declaratoria de Caducidad no siempre será intempestiva y permitirá un análisis particular de los antecedentes en cada caso y, el debido proceso se garantiza con actuaciones previas a la Caducidad como: I. Requerimientos II. Apremios por retardo III. Ordenes previas. IV. Avisos por faltantes. V. Intimaciones VI. Apercebimientos VII. Multas.

El funcionario público que haga uso de la cláusula excepcional de Caducidad, por motivos que no fueren graves, ni amenacen paralización, o que estando en estos, no sea imputable al contratista, como es el caso de una causa extraña, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero, o hecho exclusivo de la víctima (entidad contratante), incurre en falta gravísima, dado que la Ley 734 de 2002, establece en su artículo 48 numeral 32, que es falta gravísima “Declarar la Caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la Ley para ello”, por lo que puede ser destituido, luego de la respectiva investigación adelantada por la Procuraduría.

En lo referente a que haya en la ejecución del contrato hechos graves, que amenacen la paralización del contrato y no se respete el debido proceso, es faltar a un deber constitucional, que está obligado a cumplir el servidor público, según el artículo 34 numeral 1° de la Ley 734 de 2002.

Competencia Temporal Para Declarar La Caducidad

El autor Daniel Montero Betancur, propone que para declarar la Caducidad del contrato estatal, se necesita primero estudiar la función del término y los efectos de la expiración del mismo, dado que la cláusula hace parte del contrato y como tal tendrá validez mientras el contrato exista y la administración no puede renunciar a hacer uso de ella, cuando resulte necesaria para realizar los fines que pretende la administración con la contratación.

Lo relevante de la cláusula de Caducidad, es que con ella se concreta la terminación de la relación contractual inicial para poder continuar con el objeto del contrato celebrado con otro contratista o su garante.

El artículo 1551 del Código Civil define el plazo como la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, señalando que puede ser expreso o tácito, entendido éste como el indispensable para cumplirla, es decir, que por regla general, el plazo no afecta la existencia de la obligación sino la ejecución o la exigibilidad de la misma.

En los contratos, el plazo, por regla general, está relacionado con el momento en el cual el deudor se encuentra obligado a realizar el pago al acreedor y éste a su vez, obligado a recibirlo y de ser el caso, a cumplir con la contraprestación que constituye su pago, de manera que el ceñimiento al plazo se asimila al cumplimiento.

De otro lado se necesita entonces establecer si se está en presencia de un término esencial o un término ordinario; Cuando la prestación deba ser forzosamente ser satisfecha en la fecha fijada para el cumplimiento, porque la prestación ya no será útil sería un término esencial, pero si se puede dar el cumplimiento de la obligación, posterior al plazo inicialmente pactado el término será ordinario.

El plazo ordinario no extingue el contrato y si este está vigente, las cláusulas que lo integran, entre ellas, la de Caducidad, también lo están, por lo tanto podría esta declararse después de fenecida la fecha de ejecución.

El término o plazo ordinario del contrato no incide en el ejercicio de la caducidad

. El término extraordinario o esencial es de excepcional aplicación en la contratación pública; resulta ser de mayor aplicación en la contratación privada sobre todo en el ámbito mercantil, donde la dinámica requiere celebrar negocios jurídicos “a fecha fija”.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, no se podría aceptar la ocurrencia del término esencial, pues la expiración de éste constituye tan solo supuesto de mora de acuerdo al artículo 1608 del Código Civil, y la mora hace parte de la existencia de la relación obligacional.

Sin embargo las partes puedan darle efecto al término esencial, pero tendrían que desechar la configuración de la mora ante el incumplimiento de la obligación en el término previsto, con el fin de impedir que siga surtiendo efectos jurídicos el vínculo obligacional, surgiendo la obligación de indemnizar el perjuicio causado por no haber obtenido la satisfacción del interés que se pretendía al momento de celebrar el negocio jurídico.

. En el Decreto Ley 222 de 1983 se observa que algunas normas han sido concebidas para aquellos contratos cuya naturaleza sólo admite el término extintivo y otras referentes al plazo de ejecución, lo que sin lugar a duda, ubica nuestro ordenamiento dentro de la categoría del término ordinario.

El no acatamiento del término configura distintas hipótesis de incumplimiento, conforme los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, según provenga de no haberse cumplido la obligación o haberse retardado el cumplimiento de la misma, que al constituirse en mora automática, obliga a la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento.

Por otro lado la expiración del término ordinario, denominado por el ordenamiento en materia de contratación estatal “término de ejecución”, no constituye por sí solo, una de las formas de terminación de esta clase de contratos, lo que si hace, es que en un momento dado origina un acto jurídico que rodea la terminación. vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 las causales que daban lugar a la declaratoria de Caducidad, estaban consignadas en el artículo 62, ahora están en los artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993 atinentes a la terminación unilateral del contrato y a la Caducidad del mismo. Sin embargo, conservan en común la finalidad de la medida que es la terminación del contrato.

De lo anterior se infiere que es procedente declararla después de fenecido el término de ejecución del contrato o término ordinario dispuesto para el cumplimiento de las prestaciones, por lo tanto mientras el contrato se encuentre vigente la administración tiene facultades excepcionales que el ordenamiento jurídico le ha otorgado para realizar los fines de la contratación.

La razón fundamental que permite afirmar que la caducidad puede ser declarada, luego de expirado el plazo de ejecución, fue expuesta de manera estructurada, lógica y acorde con el fenómeno en la providencia proferida por el Consejo de Estado el 13 de septiembre de 1999 (Exp. 10264, 1999), que a la vez acogió el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 8 de noviembre de 1976 (Exp. 1088, 1976).

Como se dijo anteriormente, el término ordinario no genera la extinción de la relación negocial; simplemente representa el momento a partir del cual es posible determinar si la obligación fue cumplida o no en las condiciones pactadas es decir, atiende a la exigibilidad de la obligación.

Por consiguiente, solo hasta este momento se podría establecer si el contratista incurrió en incumplimiento de sus obligaciones y si el incumplimiento reviste tal gravedad que merezca terminarlo, declarando la Caducidad, siempre y cuando converjan las demás exigencias establecidas por el ordenamiento jurídico para su procedencia.

De lo contrario, la caducidad perdería su razón de ser, se tornaría inocua para los fines en que fue creada por el legislador, que es el establecimiento del ordenamiento jurídico terminado el contrato cuando sobrevenga algunas de las causales, para impedir que la relación

continúe generando efectos jurídicos y permita a la entidad estatal siga cumpliendo los fines de la contratación.

Aceptar que la declaratoria de la Caducidad no pudiera presentarse luego de expirado el término de ejecución reduciría su procedencia a los incumplimientos parciales o a las moras parciales que se presenten en el cumplimiento de las obligaciones, excluyendo incluso que el supuesto pueda tener lugar cuando se deba cumplir el último pago parcial y, asimismo, descartando que pueda ser declarada en los contratos que a pesar de ser de tracto único, estén sometidos a plazo.

Finalmente, implicaría que la caducidad no pudiera ser declarada ante el incumplimiento determinado por la ejecución defectuosa de la prestación, puesto que podría ocurrir que a pesar de efectuarse la entrega del objeto dentro del término estipulado, las características o especificaciones del mismo no se ajusten a lo pactado en el contrato

Cláusula de caducidad y debido proceso

El Consejo de Estado en reciente providencia con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Radicación: 730012331000200402147 01 (33223), se pronunció en torno a la potestad excepcional de Caducidad, el debido proceso, el equilibrio económico en los Contratos del Estado y la concurrencia de culpas en la estructuración de los aspectos técnicos, económicos y financieros del contrato estatal.

La jurisprudencia ha destacado la necesaria presencia y garantía efectiva del debido proceso en el ámbito de las relaciones contractuales de la administración pública, de modo tal que, por ejemplo, el ejercicio de las potestades excepcionales que el legislador confirió a la administración deben estar rodeadas, sin lugar a dudas, de tales garantías procesales a fin de evitar ejercicios excesivos, arbitrarios o, en suma, contrarios a la teleología convencional y constitucional.

En cuanto al debido proceso en materia administrativa, como la garantía se contemplada desde el artículo 29 de la Constitución que tiene por objeto limitar el poder para que ninguna de las actuaciones de la Administración dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentre sujeta a procedimientos establecidos en la Ley.

La jurisprudencia constitucional y la doctrina especializada han entendido que este debe estar presente en todas las actuaciones administrativas que adelanten los servidores públicos o los particulares con funciones de esta naturaleza.

La actividad unilateral de la Administración en las actuaciones no resulta contraria a la garantía del debido proceso siempre y cuando ésta se presente hasta el momento en que la Administración deba relacionarse con un sujeto perfectamente identificado, pues a partir de ese momento se rompe la actividad unilateral de la Administración y ésta debe actuar protegiendo la totalidad de las garantías que se desprenden del debido proceso.

La Corporación afirma que desde el Decreto 01 de 1984 y la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en el derecho administrativo y, por ende también la contratación estatal, han incorporado las distintas garantías del debido proceso:

- I) El derecho de audiencia, lo que significa que el particular debe ser oído por el funcionario competente para tomar la respectiva decisión.
- II) Se debe proteger el derecho de defensa, continuo y permanente, que comprende el derecho a ser oído, el derecho a presentar y solicitar pruebas, y el derecho a interponer los recursos correspondientes con el fin de que la Administración estudie nuevamente la decisión y solicitar que ésta sea revocada, modificada o aclarada.
- III) A que se les apliquen derecho de contradicción, como contrapeso obligatorio del poder punitivo del Estado
- IV) Se les asegure la imparcialidad de las decisiones y finalmente,
- V) También se debe garantizar el Igualmente, la doble instancia.

A su vez, la Corte Constitucional en sentencia SU-219 de 2003 indicó que el Constituyente de 1991 extendió el deber del debido proceso a las actuaciones administrativas; la forma debida se impone como exigencia general de protección de los intereses de los administrados. Es preciso que los órganos del Estado observen un procedimiento riguroso, en la formación y expedición de los actos administrativos, sean ellos de carácter general o de contenido particular y concreto.

En otra sentencia, la T-352 de 1996, el Alto Tribunal Constitucional consideró lo siguiente sobre el tema del debido proceso:

...en las actuaciones administrativas hace parte la sujeción de la administración a las reglas propias del trámite respectivo. Cuando la Ley señala unos determinados elementos integrantes de la actuación, en especial si son en beneficio del administrado o han sido instituidos en garantía de sus derechos, y la administración omite cumplirlos, viola el debido proceso y compromete la validez de los actos que sean resultado de la actuación viciada. Atañe a la jurisdicción Contencioso Administrativa, en principio, definir esa validez, si bien, de manera extraordinaria, cuando la decisión que adopten los jueces administrativos puede resultar apenas formal y teórica, es decir carente de idoneidad y aptitud para la efectiva protección de los derechos fundamentales, o en casos de perjuicio irremediable, cabe la acción de tutela en lo que respecta al imperio de los preceptos constitucionales para el caso concreto.

Dicha garantía, en general, proscribía las sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, porque esto atenta contra el procedimiento a través del cual el contratista puede participar en las etapas y momentos oportunos para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate. Desde este punto de vista, la Constitución exige a la administración, previo a adoptar una decisión sancionatoria, adelantar un procedimiento que garantice el derecho a que de manera pausada y tranquila se debata el asunto en cuestión.

El derecho de defensa, en el ámbito del debido proceso, también garantiza que se vincule al afectado con el procedimiento sancionatorio, para que este exponga las razones que explican su percepción de los hechos investigados. Es tan arraigada esta garantía, que el Código Contencioso Administrativo ya aseguraba su defensa desde 1984. Sobre el particular, el art. 28 CCA. Protege, incluso, a las personas que pudieran afectarse con la decisión

En lo que respecta a la cláusula de Caducidad se reiteró que la mencionada figura se estructura sobre dos elementos que son: un incumplimiento cualificado de las obligaciones del contratista y la repercusión de este incumplimiento en la ejecución del contrato. En este sentido, si existe un incumplimiento grave del contrato, y lo será si amenaza su ejecución, la entidad cuenta con el poder de declararlo caducado con las consecuencias negativas para el

contratante. Del mismo modo, se indicó que la caducidad debe ser aplicada dentro del término de ejecución del contrato estatal.

De otra parte, en lo que refiere al debido proceso en materia contractual, la referida garantía, en general, proscribire las sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, porque esto atenta contra el procedimiento a través del cual el contratista puede participar en las etapas y momentos oportunos para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate.

En este orden de ideas, la Constitución exige a la administración, previo a adoptar una decisión sancionatoria, adelantar un procedimiento que garantice el derecho a que se debata el asunto en cuestión. Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes, ser oído y que se practiquen pruebas y se controviertan, es decir, que se respete su derecho de audiencia y defensa, que permita fijar la posición de la parte, y en general, toda forma de participación en el procedimiento, que contribuya a defender una postura jurídica.

En torno al tema del desequilibrio económico del Contrato Estatal, el Consejo de Estado señaló la imposibilidad de declarar el desequilibrio por mora de la contratista en el cumplimiento de sus obligaciones y, enfatizó que no solo se debe configurar los supuestos que dan lugar a un desequilibrio en la economía contractual, sino también y de manera consecencial se debe probar de manera objetiva el impacto cierto, claro, evidente en la bases que soportan las condiciones económicas y financieras del negocio, permitiendo visualizar al juzgador el daño que sobre las mismas se hubiere causado. En este punto, es pertinente mencionar que en el caso a considerar el Consejo de Estado manifestó que los libros de contabilidad que no estén llevados conforme a la Ley no pueden ser valorados para efectos probatorios.

Finalmente, en lo que respecta a la concurrencia de culpas en la estructuración de los aspectos técnicos, económicos y financieros del contrato estatal se reiteró que tratándose de fallas, deficiencias, problemas, anomalías relativas a una deficiente, precaria planeación; como consecuencia de los mismos se produce la ruptura del equilibrio económico del contrato, y el contratista es conocedor de la temática del negocio, curtido proponente y ejecutor de múltiples proyectos, experto que no advierte oportunamente de las mismas, las calla, o las

advierte, debe asumir conjuntamente con la administración las consecuencias de su actuación omisiva de conformidad con la gradación que el Juez haga de conformidad con lo probado.

Responsabilidad Contractual del Estado

La consecuencia de una mala aplicación de las cláusulas excepcionales incluida la cláusula excepcional de Caducidad, origina la obligación del Estado a indemnizar o compensar el perjuicio extra patrimonial

La responsabilidad patrimonial del Estado, tiene su fundamento en la constitución, en el artículo primero de la Constitución, al consagrar el Estado Social de Derecho.

En el mismo sentido tiene importancia, el artículo 16 de la Constitución, porque nos enseña que no hay derechos absolutos, por ello cuando el Estado tenga el derecho a hacer uso de los poderes excepcionales que le otorga la Ley 80 de 1993, deberá hacerlo limitadamente de lo contrario tendría que indemnizar los perjuicios ocasionados.

Pero el artículo por excelencia, que trata la responsabilidad del Estado es el artículo 90 de la Constitución Política, que consagra la responsabilidad por los daños antijurídicos, tanto contractuales como extracontractuales

La responsabilidad estatal, en materia contractual tiene como fuente, el rompimiento de la ecuación económica del contrato aunado al carácter conmutativo de los contratos, que celebre el Estado.

CONCLUSIONES.

Se determinó que, ante los vacíos normativos, para la aplicación asertiva de la cláusula de caducidad, el Estado debe acoger lo expuesto por el Consejo de Estado, teniendo en cuenta el debido proceso, el equilibrio económico de los Contratos del Estado y la concurrencia de culpas.

Se aclaró que el incumplimiento decretado al contratista debe ser cualificado y comparado con la repercusión de la ejecución contractual, garantizando siempre el debido proceso, a pesar de ser considerada la caducidad como reflejo de la voluntad unilateral de la administración, pues en un Estado Social de Derecho, garantista como el nuestro, no tendría razón de ser las decisiones unilaterales sin motivo o sustento adecuado.

Está comprobado que la mora en la ejecución contractual, no es el único derrotero para declarar desequilibrio por mora de la contratista en el cumplimiento de sus obligaciones y, enfatizó que no solo se debe configurar los supuestos que dan lugar a un desequilibrio en la economía contractual, sino también y de manera consecuencial se debe probar de manera objetiva el impacto cierto, claro, evidente en la bases que soportan las condiciones económicas y financieras del negocio, permitiendo visualizar al juzgador el daño que sobre las mismas se hubiere causado, como es caso de:

- Empleo de materiales que no cumplen con las especificaciones del contratante.

- Desorden administrativo en la contratación.

- Falta de interés para ejecutar el objeto del contrato estatal.

- Abandono y descuido irresponsable de la obra.

- Incumplimiento del cronograma de avance de las obras-

- Paralización de la realización del objeto del contrato.

- Falta de equipos o herramientas adecuadas para ejecutar con eficacia el contrato y que al momento de vencerse el plazo se sepa casi con certeza, que el contratista no cumplirá a cabalidad con el objeto del contrato, etc.

Para ello, se necesita una mayor exigencia y control por parte de los supervisores de los contratos, quienes tendrían que materializar el procedimiento anteriormente señalado.

Con respecto a la regla de “interpretación objetiva” del contrato Estatal adhesión, dado que aquí no caben criterios subjetivos para desentrañar la supuesta voluntad conjunta de los contratantes, se deben tener en cuenta tres criterios:

a) Dar prelación a la interpretación que sea más favorable al cumplimiento de los fines del Estado;

b) Buscar la finalidad objetiva del contrato e desde el punto de vista del Interés socio-económico general y

c) Observar la buena fe contractual.

Materializar la interpretación bajo el principio de buena fe, avanza en la solución de llenar el vacío que genera la declaratoria de caducidad por el supuesto incumplimiento grave porque, la regulación establecida por las partes en los contratos, no puede abarcar o prever todas las situaciones que habrán de surgir dentro de la ejecución contractual por ello se deberá acudir a otras formas o fuentes de reglamentación contractual con las cuales se podrá integrar el contenido “implícito” del contrato, lo que podría conducir incluso a que la manifestación de voluntad sea depurada o corregida.

La interpretación de la cláusula de caducidad debe buscar la intención común de las partes, al momento de presentarse vacíos o circunstancias que generen antigüedad a fin de que se respete la obligación fundamental del contrato o la realización de mismo, acorde con el equilibrio contractual presente en el Artículo 1624 Código Civil colombiano

Aceptar que la declaratoria de caducidad no pudiera declararse luego de expirado el término de ejecución implicaría reducir su procedencia a los incumplimientos parciales o a las moras parciales que se presenten en el cumplimiento de las obligaciones en los contratos de tracto sucesivo, excluyendo incluso que el supuesto pueda tener lugar cuando se deba cumplir el último pago parcial y, asimismo, descartando que pueda ser declarada en los contratos que a pesar de ser de tracto único, estén sometidos a plazo.

Tal situación permitiría a las entidades estatales ejercer la facultad de declarar la caducidad del contrato en los eventos en los cuales lo procedente sería conminar al contratista a cumplir las obligaciones a su cargo en el tiempo y forma debidos a través de la imposición de multas, en uso de la facultad contenida en el artículo 71 del Decreto Ley 222 de 1983,

actualmente consagrada en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, desnaturalizando así la figura de la caducidad.

PROPUESTA

Aunque no hay un medio administrativo claro y establecido para aplicar la cláusula de caducidad, la Administración debe, a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, previo a adoptar una decisión sancionatoria, adelantar un procedimiento que garantice el derecho a que se debata el asunto en cuestión, que se concreta con la presentación de pruebas y la controversia de las mismas, es decir, establecer un procedimiento para la comprobación de los hechos que la causan; la entidad pública contratante está obligada a realizar: I. Visitas II. Requerimientos y III. Acceder a los informes que le permitan determinar la forma en que se está cumpliendo lo pactado por parte del contratista.

Planteado lo anterior, la administración debe dar a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento o irregularidades, con base en ello, la declaratoria de caducidad no siempre será intempestiva y permitirá un análisis particular de los antecedentes en cada caso y, así, el debido proceso se garantiza con esas actuaciones previas a la caducidad como los:

- I. Requerimientos
- II. Apremios por retardo
- III. Ordenes previas.
- IV. Avisos por faltantes.
- V. Intimaciones
- VI. Apercibimientos
- VII. Multas., que serán el sustento o motivación del Acto Administrativo de la

Declare.

Se debe sopesar antes de la declaratoria de caducidad, la imposición de las cláusulas penales, como consecuencia del incumplimiento en el plazo contractual, específicamente para los contratos de obra, posteriormente se debe analizar la ecuación del equilibrio financiero, bajo la teoría económica del Costo beneficio.

La administración, en cuanto al cumplimiento de los fines estatales, tendrá en cuenta, además del principio del debido proceso, ya expuesto, el principio de transparencia en la Contratación Estatal como pilares fundamentales de esta.

ENFOQUE METODOLÓGICO

El presente trabajo se ha elaborado con base en el paradigma socio-crítico, perspectiva que surge como respuesta a las tradiciones positivistas e interpretativas y pretenden superar el reduccionismo de la primera y el conservadurismo de la segunda, admitiendo la posibilidad de una ciencia social que no sea ni puramente empírica ni solo interpretativa.

La teoría crítica nace como una crítica al positivismo transformado en cientificismo. Es decir, como una crítica a la racionalidad instrumental y técnica preconizada por el positivismo y exigiendo la necesidad de una racionalidad substantiva que incluya los juicios, los valores y los intereses de la humanidad.

Fue la escuela de Frankfurt (Horkheimer, Adorno, Habermas) la que desarrollo un concepto de teoría que tenía como objetivo fundamental la emancipación del hombre. A esta concepción de teoría es a la que se refiere el nombre de Teoría Crítica, (al menos con el sentido que aquí nos interesa).

Para la teoría crítica es fundamental la relación entre teoría y praxis, porque ella misma surge de la revisión de esta relación, y es por ello que la concepción de la relación teoría-praxis es el criterio que utiliza el paradigma crítico para diferenciar los distintos paradigmas o tradiciones de la investigación.

La ciencia social crítica será pues aquella que yendo más allá de la crítica aborde la praxis crítica; esto es una forma de práctica en la que la “ilustración” de los agentes tenga su conciencia directa en una acción social transformada. Esto requiere una integración de la teoría y la práctica en momentos reflexivos y prácticos de un proceso dialéctico de reflexión, ilustración y lucha política, llevado a cabo por los grupos con el objetivo de su propia emancipación.

En este orden de ideas, la teoría crítica se enfoca hacia lo socio-jurídico, dado que el Derecho como ciencia no se aísla, sino que vive en contacto con los diversos aspectos que reviste la sociedad, por ello, los trabajos como el presente no se quedan en lo meramente enunciativo, sino que devienen en propuestas en las que se esté de-construyendo el objetivo social del Derecho.

Así las cosas, el tipo de investigación adelantada es de carácter descriptivo-analítico-interpretativo, pues no se quedó en lo normativo o jurisprudencial, además conlleva la interpretación de unos y otros para determinar su alcance y aplicabilidad a través de la propuesta.

BIBLIOGRAFÍA

- Amaya Olaya, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos sustanciales y procesales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Arciniega de Vivero, F. (2007). *Contratacion estatal aspectos controversiales: Memorias jornada IV de contratacion estatal*. Bogota: Uniandes.
- Bercaitz, M. A. (1952). *Teoria general de los contratos Administrativos*. Argentina: Depalma.
- Borja Ávila, Ramiro. Estudios Jurídicos sobre Contratación Estatal. Biblioteca Jurídica Fernando Hinestroza Vol. 1. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Club de Abogados y Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2009, p. 95 y ss.
- Bustamante Ledesma, A. (1997). *Derecho Administrativo Colombiano*. Editorial Medellin, 2 Editorial.
- Cuello Duarte, F. (2009). *Contratos De La Administracion Publica*. Bogota: Ecoe Ediciones.
- Direccion nacional de salud de antioquia. (2009). *Secretaria seccional de salud y proteccion social*.
Obtenido de <http://www.dssa.gov.co/Concept-contratacionEstatal>
- Foillard, F. (2011). *Droit administratif*. Paris: Themis.
- Georges, V. (1958). *Derecho Administrativo Especial*. Paris: Themis, Presses Universitaires de France.
- Herrera Robles, A. (2012). *Aspectos generales del derecho administrativo Colombiano*. Universidad del Norte.
- Lamprea rodriguez, P. (2007). *Contratos estatales*. Bogota: Temis.
- Matallana Camacho, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2 ed., 2009, p. 854 y ss.
- Palacio Hincapie, J. A. (2005). *La Contratacion de las Entidades Estatales*. Libreria Juridica Sanchez.
- Roa Rojas , H., & Roa Diaz, C. (2008). *Regimen de Contratacion Estatal*. Bogota: Ecoe Ediciones.
- Torres Rodriguez, J. A. (1998). *Interventoría de contratos de informática*. Bogota: Universidad nacional de Colombia, Procuraduria General de la Nacion.

Normatividad.

Colombia.

Constitución Política de 1991

Decreto 410 de 1971, por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.

Decreto 1 de 1984, por el cual se expide el Código Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 36.439, del 10 de enero de 1984.

Decreto 679 de 1994, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993.

Decreto 4828 de 2008, por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública.

Ley 80 de 1993. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

Ley 389 de 1997. Diario Oficial No. 43.091, de 24 de julio de 1997.

Ley 610 de 2000. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000.

Ley 1150 de 2007. Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007. En

Ley 1474 de 2011. Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011

Jurisprudencia.

Corte Constitucional.

Sentencia C-710 de 2001. MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, MP. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia *SU 219 de 2003, 13 de marzo de 2013*, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Consejo De Estado.

Consejo de Estado, *Sección Tercera 1995-09261-01(22893) 25 de Marzo de 1993*, MP. Estella Conto Díaz

Consejo de Estado, *Sección Tercera, 730012331000200402147 01 (33223)*, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Sala de lo Contencioso Administrativo. Auto C-239 del 22 de junio de 1994, CP. Dr. Miguel Viana Patiño.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de marzo de 1998, Radicación No. 1074, CP. César Hoyos Salazar.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 5 de noviembre de 1998, Exp. No. 14367, CP. Dr. Daniel Suárez Hernández.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2000, Exp. No. 12723, CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

Salvamento de voto del Dr. Alier Hernández. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2000, Exp. No. 12723, CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001, Exp. No. 13436, CP. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001, Exp. No. 17952, CP. Dra. María Elena Giraldo.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de diciembre de 2001, Exp. No. 18056, CP. Dr. Germán Rodríguez.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de octubre de 2005, Exp. No. 15011, CP. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. No. 15239, CP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 1º de marzo de 2007, Exp. 4807-04, CP. Dr. Alberto Arango Mantilla.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de enero de 2008, Exp. 32867, CP. Dr. Mauricio Fajardo.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008, Exp. No. 21574, CP. Dr. Enrique Gil Botero.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 2009, Exp. No. 24609, CP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010, Exp. No. 17935, CP. Dr. Mauricio Fajardo.

Corte Suprema De Justicia.

Sala de Casación Civil.

Sentencia del 10 de septiembre de 2001, Exp. No. 5961, MP. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Sentencia del 24 de julio de 2006, Exp. No. 00191, MP. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.