

La precipitada declaratoria de caducidad

La precipitada declaratoria de caducidad configurada como una clausula abusiva
hacia el contratista

Jessica Marcela Silva

c.c. 1.020.737.001

Universidad La Gran Colombia

Facultad Derecho

Postgrados

Diplomado Procesal y Jurisprudencia

Tutor Dr. Luis Agapito Moreno

Bogotá

2016

Resumen

El presente documento expone las inhabilidades e incompatibilidades mediante las cuales una entidad estatal puede terminar de forma unilateral los contratos que cuentan con ciertas condiciones de incumplimiento según lo establecido en el contrato de obra y en las causales de la Ley 80 de 1993.

Se realizó un énfasis respecto al debido proceso que deben aplicar estas entidades contratantes para garantizar el principio de legalidad frente a la contratación estatal, citando como ejemplo un estudio de caso que declara la caducidad de un contrato sin tener en cuenta el debido proceso y derechos del contratista. El caso se encuentra actualmente en el tribunal administrativo del Tolima, se evidencia en los hechos y las pruebas que las entidades estatales no aplican jurisprudencia reciente emitida por el Consejo de Estado al ser clara este sobre el momento oportuno a partir del cual se puede declarar una caducidad, problemas jurídicos como este caso demuestran como la teoría de las cláusulas abusivas estatales se vuelve una realidad por falta de pericia a la hora de su aplicación.

Palabras Clave: caducidad; clausulas excepcionales; inhabilidad; incompatibilidad; contrato; debido proceso; principio de legalidad; obras ejecutadas; acción de controversia.

Abstract

This document presents the disqualifications and incompatibilities by which a State entity can unilaterally terminate contracts have certain default conditions as set out in the contract work and in the grounds of Law 80 of 1993.

An emphasis regarding due process must apply these contracting entities to guarantee the principle of legality against government contracting, citing as an example a case study declaring the expiration of a contract without regard to due process and rights was conducted contractor. The case is currently in the administrative court of Tolima, is evidenced by the facts and evidence that state agencies do not apply recent decisions issued by the State Council to be clear this on timing from which you can declare a expiry, legal problems as this case shows how the theory of unfair terms state becomes a reality for lack of expertise at the time of application.

Keywords: expiry exceptional clauses; disability; incompatibility; contract; due process; rule of law; executed works; controversial action

Introducción

El procedimiento administrativo sancionatorio en materia contractual previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se encarga de dar oportunidad a los sujetos procesales dentro de una actuación a obtener la garantía sobre sus derechos de defensa y contradicción; este término se usa cuando la entidad contratante aplica una de las cláusulas excepcionales de poder de control y dirección de los contratos, por medio de ellas se realiza una ruptura al principio de libertad contractual pactado inicialmente con el contratista.

Existen diversos tipos de sanciones, clasificadas en incompatibilidad y las de inhabilidad; para el presente trabajo nos enfocaremos en la sanción de inhabilidad llamada *declaratoria de caducidad*. La declaratoria de caducidad hace referencia a la facultad que tiene la Administración para dar por terminado un contrato por ocurrencia de algunos de los hechos establecidos en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993; siendo estos hechos imputados al contratista o por simples acontecimientos que afecten de manera grave la ejecución del contrato y puedan conducir a su paralización.

Para hacer uso de la declaratoria de caducidad es necesario que el Estado le brinde como garantía al contratista el principio de legalidad frente a su debido proceso; en algunos casos como el que se tratara en el presente trabajo; este principio se vulnera a raíz de una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico afectando de forma directa al contratista con la sanción y con las sanciones accesorias que le acarrea la inhabilidad por 5 años para contratar con el Estado.

Pregunta Problema

¿Cómo responde el Estado cuando declara precipitadamente la caducidad de un contrato sin tener en cuenta el cumplimiento de los requisitos procedimentales estipulados en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y la respectiva jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado?

Objetivo General

Establecer el debido proceso para declarar la caducidad de un contrato, aplicando lo contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y la respectiva jurisprudencia reciente emitida por el Consejo de Estado; para los casos en los que la decisión del Estado es tomada de forma precipitada afectando al contratista.

Objetivos Específicos

Determinar la aplicación de la caducidad sancionatoria.

Identificar como se configura y en qué casos se aplica una cláusula abusiva de caducidad.

Establecer la responsabilidad del Estado frente a los perjuicios causados a un contratista por la aplicación indebida de esta cláusula.

Realizar un análisis jurisprudencial de dos sentencias emitidas por el Consejo de Estado respecto a la aplicación de la caducidad contractual.

Justificación

Este trabajo fue realizado para dar a conocer al contratista los medios de defensa con los que cuenta cuando se le declara una sanción de caducidad; establecida en el artículo 8 de la ley 80 de 1993. Se buscara establecer el debido proceso que debe seguir una entidad estatal para poder declarar esta sanción, debido a circunstancias que se han presentado en diferentes tipos de actuaciones, se realizara un estudio de caso donde se evidencia claramente que la entidad estatal Fondo Rotatorio de la Policía Nacional (FORPO), declara una caducidad sin llevar a cabo el debido proceso contra El señor Jaime Uribe (contratista); vulnerándole su derecho fundamental al trabajo ya que cuando se declara la caducidad el contrato en mención fue liquidado y terminado antes de lo estimado; privando al contratista de solicitar una indemnización por el concepto de obras mayores ejecutadas y deshabilitándolo en todos los contratos con el estado a partir de ese momento por un término de 5 años.

Se demostrará en el transcurso del presente documento la falta de procedencia de la entidad contratante al incoar una causal extemporánea que vulnero los principios de imparcialidad y de la buena fe de la contratación estatal; así como también se evidenciará que esta entidad se extralimito en el ejercicio de sus atribuciones.

Marco Teórico

La contratación estatal en Colombia surgió en el año 1870, debido a que en años anteriores se presentaba un régimen de libertad similar a la contratación entre particulares. Los primeros contratos estatales que se celebraban mediante este régimen de libertad fueron los de peaje, ponderación, negocios de compra y suministros para la administración pública.

La cláusula de caducidad se introdujo por primera vez en el Código Fiscal Nacional de 1873, siendo esta una cláusula desconocida y poco operante para la época debido a la escasa actividad contractual. En 1887 por medio de la Ley 57, se reincorporo esta cláusula como base fundamental en la contratación y adicionando a esta una pena pecuniaria por incumplimiento. En 1909 la Ley 53 modifico la Ley 57 y estableció dos tipos de cláusula de caducidad; la primera hacía referencia al incumplimiento por parte del contratista sin especificar en qué hechos se constituía y la segunda referente a lo estipulado en el contrato.

El primer Código de Justicia Contenciosa Administrativa se creó mediante la Ley 130 de 1913, absorbió lo referente a la cláusula de caducidad descrito en la Ley 53 de 1909 sin embargo no efectuó cambios drásticos en los contratos estatales ya que no le dio competencia al Consejo de Estado. En 1941 la Ley 167 expide el segundo código Administrativo con el objeto de dirimir las controversias en materia de contratos administrativos dotando al Estado de herramientas como la declaratoria de utilidad pública, la orden de expropiación de bienes y la posesión en los contratos de concesiones férreas. Con la entrada en vigencia del anterior código se modificaron algunas cosas respecto a la aplicación de la cláusula de caducidad, solo en casos donde el objeto del contrato fuese de

construcción de obras, prestación de servicios y la explotación de un bien del Estado; si en los contratos no se estipulaba esta cláusula se decretaba nulidad absoluta por incumplimiento de disposiciones legales; se estableció las prestaciones a las que se obligaban las partes si se les declaraba la caducidad, el termino inicial de suspensión fue de 30 días, se introdujo como causales de caducidad la muerte del contratista y la quiebra del mismo.

Se estableció por primera vez la licitación pública con igualdad de oportunidades para contratistas nacionales y extranjeros, creando un marco legal especial para los contratos de obras públicas, suministros, compras, créditos públicos y empréstitos. Para esta época las controversias recaían y eran resueltas por la jurisdicción ordinaria.

De acuerdo con Iván Prada en la historia de la contratación estatal en Colombia (2009) “Mediante el Decreto Legislativo 550 de 1960 se estableció el Estatuto de los Contratos Interadministrativos y se instituyó que sus controversias debían ser de conocimiento de la justicia contenciosa administrativa”. En el año 1964 mediante el Decreto Ley 528 se asigna finalmente la competencia en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa respecto a todos los contratos administrativos de todas las entidades públicas.

Con esta reforma inicia la labor jurisprudencial de establecer los criterios de distinción del contrato administrativo, configurando su criterio subjetivo, publico, legal y las clausulas exorbitantes. Estas cláusulas le dan prerrogativas a la Administración para tomar decisiones unilateralmente produciendo mutaciones en el contrato, respecto a su incumplimiento, sanciones y cobros directos.

Se establecen los parámetros fundamentales y diferenciales del contrato estatal frente a contrato privado:

Clausulas exorbitantes principalmente la declaratoria de caducidad.

La ejecución de un servicio público por parte de la administración.

Procedimiento especial frente a la selección del contratista: licitación pública, licitación privada, concurso de méritos y contratación directa.

La ley 80 de 1993 anexo a este régimen los principios de equilibrio económico y financiero del contrato y la ecuación contractual, el registro único de proponentes regulada por las cámaras de comercio del país, introduce la figura de las uniones temporales y la promesa de asociación futura, regímenes especiales derivados de la explotación de recursos no renovables, actividades propias de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Posteriormente la Ley 1150 de 2007 implemente al régimen de contratación el sistema de subasta inversa, desarrolla el sistema electrónico para la contratación pública SECOP; deja explícita la facultad de imponer multas apremiantes y sancionatorias, las cuales deben estar previamente pactadas y especifica el uso de estas solo en caso de que el contratista tenga obligaciones pendientes de ejecución. Adicionalmente integro un nuevo elemento para los pagos de la ejecución del contrato respecto a estar paz y salvo en los pagos parafiscales efectuados por el contratista a sus trabajadores.

Marco Conceptual

La aplicación de la caducidad contractual en Colombia ha generado diversas controversias frente al uso de la potestad sancionatoria por parte de la administración, frente a esto señala el Consejo de Estado (rad. 20738,2012):

“Entendida esta caducidad, como la posibilidad que el ordenamiento jurídico le otorga a la autoridad administrativa de limitar derechos e intereses individuales para lograr la materialización de intereses y derechos colectivos. Por consiguiente, en el ámbito administrativo la sanción no es un fin sino un instrumento adicional con el que se cuenta para la consecución de las competencias asignadas”.

Frente a las garantías sustanciales con las que cuenta el contratista es clara la jurisprudencia como refiere el Magistrado Ponente Enrique Gil Botero (2012):

“Respecto a las garantías sustanciales y procedimentales de los contratistas sobre los que la potestad recae; corresponde al legislador decidir si la administración ante el supuesto de hecho descrito en la ley puede optar válidamente por declarar o no la caducidad del contrato”.

Cuando hablamos de las potestades con las que cuenta la administración, es importante aclarar que estas no son absolutas y se encuentran limitadas para su ejercicio, como lo señala el Decreto 222 en su artículo 64, (1983):

“Las potestades otorgadas a la Administración no son absolutas y por lo tanto deben ser limitadas para que su ejercicio no sea arbitrario, esto le otorga un carácter temporal del uso del poder punitivo del Estado convirtiéndose en un presupuesto de seguridad jurídica favorable para el contratista”.

En los casos donde se declara la sanción administrativa de caducidad, tiene el contratista derecho a su debido proceso según se encuentra establecido en el artículo 29 de la Constitución Política y en la Ley 80 de 1993 en los principios rectores de la contratación estatal; “este debido proceso brinda al contratista una garantía del indubio pro administrado, toda vez que si el Estado no cumple con la carga probatoria que le corresponde y existen dudas razonables respecto a la responsabilidad de quien está siendo objeto de investigación, la única respuesta posible es la exoneración”. (Sentencia sección tercera Consejo de Estado M.P. Stella Correa, 2008).

Para hacer uso de la declaratoria de caducidad es necesario que la Administración realice previamente el trámite administrativo; constituido este por los actos de incumplimiento generados por el contratista que paralizaron de forma directa el objeto del contrato, siendo este el fundamento de la imposición de la cláusula, “El incumplimiento de dichas obligaciones no tiene lugar de un día para otro, se deben determinar por continuados incumplimientos donde la Administración por medio de actas le informo al contratista sus inconformidades y el contratista hizo uso de su derecho a la defensa exponiendo las respectivas situaciones(Palacio Hincapié, 2008)”.

Los motivos para declarar la caducidad deben ser hechos constitutivos de incumplimiento del contratista que afecten de manera grave la ejecución del contrato y

evidencien su paralización, los eventos adicionales deben mirarse en proporción al daño que se le causa a la Entidad como, por ejemplo, sucesos delincuenciales por partes de guerrillas u otras organizaciones, fuerza mayor por motivos de naturaleza entre otros; estas causales le segregan el carácter facultativo a la caducidad ya que la Administración no podría por ningún motivo hacer uso de esta cláusula en esas circunstancias; ya que dentro de los requisitos iniciales para acceder a la contratación se celebra una póliza de cumplimiento que cubre hechos imprevistos. Es criterio autónomo de la Administración llegar al convencimiento respecto al incumplimiento que hará imposible la ejecución del contrato; por tal motivo la obligación no cumplida que genere la culminación del contrato debe ser grave y primordial dentro de la ejecución de este.

La oportunidad para declarar la caducidad maneja diversas perspectivas debido a que se debe determinar cuándo se considera perfeccionado el contrato, el consejo de estado ha señalado (septiembre 29 de 1979):

“Estos poderes exorbitantes, en principio, solo pueden ejercerse por la Administración una vez haya perfeccionado el contrato. Se dice en principio, porque aun antes de ese perfeccionamiento puede la administración tomar ciertas medidas cuya explicación no estaría sino en esos poderes y corresponderían a cláusulas inusuales del derecho”.

Esta oportunidad para declarar la caducidad debe ser motivada por medio de un acto administrativo en el que se expresen las causales y se adjunten los actos anteriores donde la Administración manifieste su voluntad respecto al incumplimiento de las formalidades estipuladas; si no se soporta de esta forma el acto administrativo se declara la nulidad del acto.

El recurso que procede ante esta caducidad es la reposición deberá interponerse a los cinco días de la notificación y será este objeto de acción contractual ante la jurisdicción contenciosa administrativa, al respecto el Consejo de Estado en sentencia pronunció (24 septiembre 1998):

“... En los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar su punto de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho al debido proceso para hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. (M.P. Ricardo Hoyos)”.

Marco legal

La caducidad es la facultad que tiene la Administración para dar por terminado un contrato, por la ocurrencia de un hecho previsto por la ley; este hecho puede ser imputable por culpa al contratista o por simples acontecimientos que afectaron la ejecución del contrato. La caducidad es considerada como una de las facultades más importantes de la Administración ya que por medio de ella desarrolla la supremacía de esta frente a un particular; esta cláusula es considerada una de las más controvertidas de forma judicial, refiere Mojica F. (2004), en su artículo:

“La declaratoria de caducidad tiene profundas repercusiones jurídicas, pues existen situaciones que la ley no contempla expresamente y que deben ser resueltas por los contratistas con la intervención del Juez”.

La caducidad es considerada una clausula exorbitante ya que con ella se quebranta el principio de libertad contractual basado en la autonomía de la voluntad y el de la igualdad contractual (derecho civil).

La declaratoria de caducidad es una inhabilidad que se extiende por el termino de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto en donde el contratista queda inhabilitado para participar en licitaciones, concursos, celebración de contratos estatales, es la consecuencia del ejercicio de una potestad unilateral que ejerce la administración pública durante la ejecución del contrato estatal respecto a incumplimientos del contratista que generan la paralización del contrato.

La caducidad del contrato como uno de los poderes exorbitantes en la ejecución contractual.

Según refiere Mario Roberto Molano, (2010) “la aplicación de las cláusulas exorbitantes al derecho común, en el caso concreto de la caducidad extienden la posibilidad de su declaratoria en todo tipo de contratos, por razones de seguridad nacional”.

El estatuto contractual en su artículo 14 numeral 2, los poderes exorbitantes o de ejercicio unilateral siempre proceden en los contratos estatales que tengan por objeto:

Actividades que constituyan monopolio del estado.

Servicios públicos exclusivos del estado, distintos de los dos domiciliarios que gozan de régimen especial a partir de la ley 142/1994.

La concesión y/o explotación de bienes del estado.

La obra pública.

Los contratos estatales que cumplen cualquiera de los objetos contractuales anteriores se pueden celebrar únicamente por contrato de suministro y de prestación de servicios.

Causales de Caducidad.

Se basa en los hechos constitutivos de incumplimiento dentro de las obligaciones contractuales a cargo del contratista, afectando la ejecución del contrato de modo que este deba paralizarse y que esto genere un perjuicio a la Administración.

Causales de Caducidad Complementarias a las Decretadas en la Ley 80/93.

Dentro de las causales complementarias a los hechos anteriormente previstos, la legislación instruyo dentro del marco jurídico los siguientes complementos que por razón de orden público deben decretar la caducidad del contrato:

Colaboración del contratista con grupos al margen de la Ley. (Ley 104/93).

Alcances fiscales que se sigan al contratista. (Ley 42/93).

Falta de protección por parte del contratista a la ingeniería nacional. (Ley 64/78).

Por no prorrogar la garantía del contrato. (Decreto 280/2002).

Por mora en el pago de obligaciones parafiscales. (Ley 789/2002).

Trámite Administrativo para declarar la caducidad.

El tramite exige que antes de realizar la declaratoria se acrediten actos constitutivos del incumplimiento del contratista reflejados por medio de las actas que en autonomía de su voluntad debe haber usado la Administración para informarle al contratista lo que consideraba estaba incumpliendo para el que procediera a subsanar o informar la razón de estos eventos.

Instauradas estas actuaciones en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, señala el Consejo de Estado:

“los artículos 3, 14, 28, 34 ,35 del C.C.A y el artículo 77 de la ley 80 de 1993; aplicados en su conjunto integran un procedimiento de imperativo cumplimiento en

todas las actuaciones administrativas iniciadas de oficio por la administración (2007).”

Al proferirse esta declaratoria se hacen efectivas automáticamente la cláusula penal y las multas contractuales consecuentes; dicha resolución prestará merito ejecutivo contra el contratista y se hará efectiva por jurisdicción coactiva, el único recurso que procederá frente a dicha resolución es el de reposición y si el contratista no está de acuerdo con la aplicación de esta cláusula puede acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para solicitar la nulidad del acto administrativo.

Requisitos para aplicar la caducidad contractual.

Según se estipula en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la caducidad solo se puede aplicar si se demuestra:

El incumplimiento del contratista, sin que pueda alegar incumplimiento recíproco de la entidad estatal.

Afectación grave del contrato previo concepto de las labores de interventoría y/o supervisión.

Que el incumplimiento genere la paralización de la ejecución del contrato.

Debido Proceso por parte de la entidad accionante.

El procedimiento administrativo debe constituirse en los siguientes fundamentos:

Soportes interventoría o supervisión pruebas objetivas y pertinentes.

Permitir el tiempo razonable dentro de la urgencia de solución que requiere.

Debe ser viable y estrictamente necesario practicar pruebas útiles y conducentes.

Resolver basándose en los anteriores hechos la expedición del acto administrativo.

Oportunidad para declarar la caducidad.

Es importante aclarar que el perfeccionamiento del contrato es el encargado de generar las obligaciones para el contratista razón por la cual mientras este no se perfeccione al momento de declarar la caducidad haciendo uso de las respectivas garantías de cumplimiento, no se podría decretar la caducidad; independientemente de los hechos que fundamentan la caducidad es necesario para la oportuna aplicación de esta cláusula que el contrato no se encuentre vencido debido a que si se encuentra en ese estado lo procedente es declarar la declaratoria de incumplimiento y no de caducidad excepto cuando después de vencido el plazo el objeto del contrato no se haya cumplido. Reitera el Consejo de Estado lo anteriormente dicho (2006):

"Ahora bien, en lo que respecta a la competencia temporal de la administración, la Sala ha precisado que el ejercicio de la potestad para declarar la caducidad del contrato no cesa con el vencimiento del plazo contractual si subsisten obligaciones entre los contratantes. Se precisa que los poderes exorbitantes, que la ley le otorga a la administración en la actividad contractual para el cabal cumplimiento de los cometidos estatales, no cesa mientras subsista la obligación; o lo que es lo mismo, la declaratoria de caducidad es procedente mientras el contratista incumple la obligación, porque la obligación sólo se extingue cuando se presenta alguno de los

modos previstos al efecto, dentro de los cuales el más frecuente es el pago, entendido en su acepción más amplia (dar, hacer o no hacer)”.

Motivos para declarar la caducidad.

Los motivos deben ser hechos constitutivos de incumplimiento grave por parte del contratista; y en este sentido es responsabilidad de la Administración decidir la conveniencia de aplicar o no la caducidad u optar por otra medida como por ejemplo la multa dependiendo de la magnitud del perjuicio que esta decisión causaría al colectivo.

Esta decisión motivada debe estar sustentada en un convencimiento absoluto por parte de la Administración respecto a la gravedad del incumplimiento y la obligación principal del contrato que es la terminación de la obra. Este convencimiento se determina a través de la interventoría a cargo de la Administración si la decisión se toma sin la motivación probatoria correspondiente se genera la nulidad de dicha resolución y como consecuencia se indemnizará por perjuicios derivados de esta actuación al contratista.

Notificación de la caducidad.

La resolución es notificada al contratista y a la aseguradora para que esta pueda controvertir la decisión debido a que en su posición de garante puede ser obligada a continuar con la ejecución del contrato y al pago de las indemnizaciones correspondientes; frecuentemente esta declaratoria constituye el siniestro de cumplimiento obligando al garante a hacer efectiva la póliza. En estos casos es “la aseguradora un reemplazo temporal de la Administración ya que ella recae la decisión de seleccionar un nuevo contratista o

ejecutar lo faltante del contrato por ella misma. (Mojica F., Caducidad de los contratos estatales en el régimen jurídico colombiano, vlex, 2004).”

Esta notificación se realiza de forma personal al acabo de los (5) días de envió de la citación, si no se consigue notificar se fijará edicto en el respectivo despacho por un término de (10) días.

Efectos de la caducidad.

Los efectos determinantes en la caducidad son la posesión de maquinaria y de obra por parte de la administración, el cobro coactivo del título ejecutivo a través del juez contencioso administrativo, la terminación del vínculo contractual por lo cual se liquidará el contrato unilateralmente por parte de la accionante; la facultad de la resolución para hacer efectivo por vía ejecutiva el pago de las multas y las clausulas penales pactadas.

Efectos de la caducidad para la Administración.

Constitución del siniestro por parte de la entidad accionante.

Posesión de la obra por parte de la entidad accionante.

Medidas inmediatas de la entidad nombramiento de nuevo contratista.

Efectos de la caducidad para el Contratista.

Inhabilidad para participar en licitaciones, concursos, celebración de contratos estatales una vez esta ejecutoriado el acto administrativo.

Declaratoria de caducidad como consecuencia de un juicio de responsabilidad contractual.

Liquidación del contrato que genera la caducidad y todos los contratos que estén vigentes con entidades estatales.

Pierde el derecho a la indemnización.

Inhabilidad que se extiende por el término de cinco (5) años.

Marco Metodológico

La presente investigación fue desarrollada mediante un diseño de tipo descriptivo, se buscará identificar las limitaciones del contratista respecto a la aplicación de cláusulas abusivas por parte de la Administración para el caso en particular se analizará la declaratoria de caducidad. Se utilizó este método para realizar un estudio de caso respecto al contrato de obra N°. 341-3-2013 celebrado entre el contratista JAIME URIBE JIMÉNEZ y la Administración en cabeza de Fondo Rotatorio de la Policía (FORPO), este contrato tenía como objeto la *“construcción del auditorio en las instalaciones de la Policía Metropolitana de Ibagué (METIB) y el Comando del Departamento de Policía del Tolima (DETOL) a precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste por la suma de (\$4.930.350.956,03)”*.

La obtención de la información para la investigación se realizó a través de las leyes que rigen la contratación estatal desde sus orígenes aproximadamente desde el año 1968 hasta el año 2007 en Colombia; se analizaron dos sentencias de carácter fundante emitidas por el Consejo de Estado respecto a procesos que tenían como controversias contractuales el abusivo uso de la cláusula de caducidad por parte de la Administración. En el derecho administrativo siempre se ha buscado que los fines del Estado se promuevan y cumplan por medio de diferentes escenarios, como la licitación y la contratación pública con personas naturales y jurídicas. El derecho brinda unas garantías especiales a la Administración para que por medio de ella cumpla sus objetivos a favor del interés colectivo sobre el interés individual, pero en algunas ocasiones la Administración hace uso de estas cláusulas

exorbitantes abusando de estas sin fundamento y vulnerando los derechos fundamentales que tiene el contratista.

Acaso no tiene límite legal ni contractual el hecho de que la Administración se extralimite en el uso de sus facultades y cause perjuicios infundados a sus colaboradores. Debido a esto se identificó en la investigación el problema respecto al uso de las facultades exorbitantes de la Administración; se estableció que respecto a hechos tan claros el método a desarrollar más adecuado sería de tipo documental ya que se realizara un análisis, crítica e interpretación del caso de estudio comparándolo con los procesos de las sentencias más relevantes que se emitieron frente al tema.

El tipo de muestreo seleccionado para la investigación fue un estudio de caso real sobre la declaratoria de caducidad; se optó por la muestra del contratista Jaime Uribe contra el FORPO, debido a las características fundantes de su caso y al desarrollo que se le ha dado a este proceso por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. La recolección de la información para el estudio del caso se tomó por copias del expediente original que reside en el Tribunal Administrativo de Ibagué (contrato, actas, liquidación y resolución de caducidad) y se analizó una lista de leyes y sentencias relacionadas con la contratación estatal y la declaratoria de caducidad.

Se aplicó el método sociológico para el análisis documental de la información teniendo en cuenta la normatividad vigente respecto al uso de esta cláusula y la interpretación constitucional frente a los derechos y deberes del Estado en la contratación.

Resultados

En el análisis del estudio de caso del contrato de obra N°. 341-3-2013 del contratista JAIME URIBE contra el FORPO, se evidencio una violación a las normas contractuales frente al debido proceso, se vulnero de forma sustancial el artículo 86 de la Ley 1474/2011, en referencia a:

“Las entidades estatales podrán declarar la cuantificación de los perjuicios del incumplimiento, teniendo en cuenta el siguiente procedimiento: si se evidencia un posible incumplimiento del contratista LA ENTIDAD PUBLICA LO CITARA A AUDIENCIA PARA DEBATIR LO OCURRIDO”; el contrato “*construcción del auditorio en las instalaciones de la Policía Metropolitana de Ibagué (METIB) y el Comando del Departamento de Policía del Tolima (DETOL)*” pacto inicialmente un plazo de ejecución inicial de (90) días con fecha de finalización para el 30 de Julio de 2014; al inicio del contrato el CONTRATISTA se encontró con diversos motivos que imposibilitaron la oportuna y eficaz ejecución del contrato debido a vicios de forma que no subsano la entidad contratante antes de adjudicar y legalizar el contrato; entre estos esta la falta de diligencia por parte del FORPO al no tener legalizado la entrega de los predios requeridos para la ejecución del contrato generando la primera suspensión por un plazo de (44) días, cuando se resolvió este inconveniente el FORPO suscribió con el contratista la correspondiente acta de inicio para comenzar a ejecutar.

Iniciadas las correspondientes actividades de obra para la construcción del auditorio el FORPO hace entrega al CONTRATISTA de la información técnica previa que constituye las bases de la ejecución; mediante un informe debidamente motivado el contratista informa

a la entidad contratante las irregularidades e inconsistencias del informe técnico entregado y la falta de documentos vitales para el desarrollo del proyecto.

Por medio de tres prorrogas consecutivas la entidad contratante suspendió por un plazo de (135) días la ejecución de la obra aduciendo *la ausencia de información técnica del proyecto*, para el 30 de Julio de 2014 fecha estipulada para la terminación del plazo no se había realizado ninguna ejecución estructural del auditorio; se habían adecuado las placas, uso de suelo y la instalación de las bases. Frente a los hechos acontecidos cabe aclarar que dentro de las obligaciones de la entidad contratante se estipula en la Ley 80 de 1993, artículo 4, numeral 8:

“Para la consecución de los fines del Estado, las entidades estatales adoptaran las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes en el momento de proponer la licitación o concurso”.

Este artículo estipula los deberes de las entidades frente a los vicios que pueda presentar el contrato, en el artículo siguiente (9) se expresa la responsabilidad de la entidad estatal frente a las causas imputables a ellas; que se generen por una mayor onerosidad en las obligaciones del contratista; “en el menor tiempo posible, corregirá los desajustes que pudieren presentarse y acordaran los mecanismos y procedimientos pertinentes para obtener una solución rápida y eficaz”. Frente a esta expresión es claro que el FORPO no fue diligente y vulnero de forma total los deberes a los que se encontraba sujeto; refiere la norma una solución rápida y podemos evidenciar que la solución se tomó a los (135) días; sin tener en cuenta que los documentos que no se aportaron debían estar constituidos con anterioridad a la publicación de la oferta licitatoria.

En el mes de agosto de 2014 debido a las suspensiones constantes uno de los subcontratistas de la obra; alegando una reclamación económica debido a los costos por mayor permanencia en la obra mediante el empleo de vías de hecho invade totalmente el predio, impidiendo el acceso al personal de la obra contratado por Jaime Uribe. Mediante una querrela policivica y el respectivo informe a la interventoría del contrato el CONTRATISTA tuvo que esperar aproximadamente un mes para que penalmente cesara la perturbación del subcontratista, plazo dentro del cual se habría dado la terminación al contrato, pero debido a motivos de fuerza mayor no se pudo ejecutar totalmente.

En el transcurso de este proceso el contratista solicito varias veces la suspensión del contrato mientras se resolvía la querrela policivica, el FORPO accedió a la suspensión del contrato solo si la interventoría consideraba justa la causal incoada. El 26 de septiembre del 2014, la interventoría informa al FORPO que no avala ni recomienda una suspensión del contrato debido a que no se evidenciaba una causal de fuerza mayor. La siguiente semana la interventoría presenta ante el FORPO el *“informe de incumplimiento y procedencia de sanciones al contratista Jaime Uribe, por el incumplimiento del contrato de obra N°. 341-3-2013”*.

El 17 de octubre del 2014 la entidad contratante CITA A AUDIENCIA al contratante y al interventor, en el desarrollo de la audiencia **“LA ENTIDAD CONTRATANTE NO IMPUTA CARGOS AL CONTRATISTA Y NO LE INFORMA QUE LA DILIGENCIA SE ADELANTA PARA DECLARARLE LA CADUCIDAD”**. Es clara la ley 1474 de 2011 en su artículo 86, literal a)b)c), expresa:

“Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la

citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el CONTRATISTA en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del CONTRATISTA o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad; Hecho lo precedente la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia”.

Es claro que el FORPO cometió un error al violarle el debido proceso al contratista creyendo que la interventoría era la encargada de imponer la declaratoria de caducidad y que esta debía expresar detalladamente los hechos que motivaban la decisión. El 24 de octubre del 2014 por medio de apoderado judicial el contratista es citado para seguir el trámite de la audiencia donde su representante manifiesta los vicios de la actuación realizada en días pasados; reiterando la falta de individualización de los cargos imputados y de la obstaculización que se presentó para ejercer el efectivo derecho de defensa y contradicción, contenidas en el artículo 5 y 48 de la Ley 1437 de 2011.

El 11 de noviembre de 2014 el FORPO mediante la resolución N°. 00667 impone la caducidad del contrato de obra N°. 341-3-2013 y la cláusula pecuniaria por un monto de (\$1.370.982.690,34); en ese mismo trámite el apoderado del contratista interpuso recurso de reposición el cual debió ser sustentado en 30 minutos sin tener en cuenta la petición del abogado respecto a la suspensión de la audiencia (art. 86 ley 1474/2011) cuando de ofició o

de parte se considere necesario para practicar pruebas que se consideren pertinentes; decidió el FORPO resolver en una sola audiencia la Litis sin tener en cuenta la violación del debido proceso de la fue víctima el contratista.

Conclusiones

Para concluir la investigación se debe reconocer la libertad de la Administración para decidirla declaratoria de caducidad; esta libertad es facultativa y discrecional ya que se debe analizar la gravedad del incumplimiento, su afectación directa a la falta de ejecución del contrato y la obligación de la Administración de analizar los hechos constitutivos, su incidencia y la afectación al interés público.

La caducidad deber ser entendida como esa última medida a la que debe llegar la administración solo cuando considera que es el último medio para recuperar el control de la ejecución del contrato ya que en este punto es claro que el contratista es incapaz de terminar la ejecución; respecto al caso de estudio en particular vale la pena preguntarse si realmente era procedente declarar la caducidad del contrato sin tener en cuenta el problema que se presentó con uno de los subcontratistas a raíz de las suspensiones que se realizaron por responsabilidad exclusiva de la entidad contratante; ¿dónde queda la naturaleza jurídica del poder exorbitante como mecanismo para preservar el interés general evitando la paralización de la obra, si se usa este poder de forma incorrecta y abusiva sin motivar de forma legal sus decisiones? ¿desconoce acaso la Administración que la oportunidad para declarar la caducidad debe constituirse en conducta culpable por parte del contratista y en caso de fuerza mayor se opta por incoar sanciones por incumplimiento donde debe ser exonerado?

Considero que en el caso que nos compete no se justificaba ni se motivó correctamente la declaratoria de caducidad; la responsabilidad de la Administración (FORPO) es evidente ya que ella incumplió desde el inicio del contrato con sus obligaciones

frente al contratista, debido a su falta de organización y diligencia; genero de forma directa el incumplimiento del contratista desde el principio; por no entregar a tiempo los inmuebles donde se debía ejecutar la obra, por no entregar oportunamente la información técnica del proyecto; este retraso debido a las anteriores circunstancias le es imputable a la Administración y consecuentemente tendrá que ser ella la encargada de responder ante los perjuicios causados al contratista. La responsabilidad de la Administración en estos casos es solidaria respecto a sus funcionarios que con su conducta y realización perjudican al contratista, en el artículo 51 y 53 de la Ley 80 de 1993 se establece la obligación del funcionario a indemnizar no solo los perjuicios causados al contratista también los derivados de la ejecución defectuosa del contrato.

Dadas las controversias contractuales que se presentan a diario en el derecho administrativo, debería reglamentarse de forma explícita y precisa todo lo concerniente al trámite administrativo para hacer uso de la declaratoria de caducidad sujetándose está a las garantías constitucionales del debido proceso del contratista y teniendo en cuenta el incumplimiento de las partes de forma equitativa para determinar los orígenes reales del incumplimiento.

Referencias Bibliográficas

-Asamblea nacional constituyente, (1991) Constitución Política de Colombia, *título I de los principios fundamentales artículos 6 y 29; título V De la organización del Estado artículos 121,122 y 123.*

-Presidencia de la República, (1968), Decreto 3130, *Capítulo VI, Régimen jurídico de los actos y contratos*, artículos 30-36.

- Presidencia de la República, (1976), Decreto 150, *Capítulo II Capacidad para contratar*, artículos 2-13.

- Presidencia de la República, (2008), Decreto 4828, *Capítulo I, Disposiciones generales*, artículos 1-14.

- Presidencia de la República, (1971), Decreto 410, *Código de comercio*, artículo 867.

- Presidencia de la República, (2009), Decreto 2493, *Capítulo I*, artículos 1, 4, 5,6 y 7.

- Congreso de la República de Colombia, (1912), Ley 110, *Código Fiscal, disposiciones nacionales para el organización, disposición y administración de la Hacienda*. Artículos 31 -43.

- Presidencia de la República, (1983), Ley 222 *Título VI clausulas obligatorias*, artículos 60-77.

- Congreso de la República de Colombia, (1993), Ley 80, *Disposiciones Generales*, artículos 18-26.
- Congreso de la República de Colombia, (2007), Ley 1150, *Titulo III, Disposiciones varias*, artículos 17-33.
- Congreso de la República de Colombia, (2011), Ley 1437 Código contencioso administrativo, *Capítulo III, Procedimiento administrativo sancionatorio*, artículos 29, 47,56 y 59.
- Congreso de la República de Colombia, (2011), Ley 1474, *Disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública, Artículos 86,87 y 88.*
- Ley 57 (1887), *Código civil*, artículos 1592, 1602,1608 y 1741.
- Molano M. (2010). *Los sujetos de la contratación estatal en Colombia y su régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés, parte II, capítulo I y III.* Bogotá. Edición nueva jurídica; (pág. 154-168; 287-301).
- Mojica F.P. (2004). *La caducidad de los contratos estatales en el régimen jurídico colombiano.* Vlex Colombia, 4 ,6-21. Recuperado de:
<http://doctrina.vlex.com.co/vid/apuntes-caducidad-estatales-regimen-42488641>
- Consejo de Estado, Sentencia, radicado (20738), 22 octubre del 2012.
- Consejo de Estado, Sentencia, radicado (17009), 13 noviembre del 2008.

Anexos

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

A. ANÁLISIS CONCEPTUAL

I. IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA

Consejo de Estado, Sentencia, radicado (20738) Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, 22 octubre 2012.

II. HECHOS RELEVANTES

La empresa Vélez mesa & Cía. presento demanda contra Empresas públicas de Medellín (EPM), para pedir la nulidad de la resolución N°. 25854 que decretaba la caducidad de la empresa. Se pactó inicialmente un contrato de redes y obras de alcantarillado, con un plazo de ejecución de (240) días, iniciando el 23 de agosto de 1994 y finalizando el 20 de abril del mismo año.

El día 19 de abril el gerente de EPM, decreto la caducidad sin tener en cuenta el plazo estipulado en el contrato, aduciendo retrasos en la obra sin aplicar el debido proceso al contratista para que este controvirtiera y aclarara los hechos. Evidentemente si habían retrasos en la obra pero sus razones eran encabezadas por situaciones ajenas al contratista debido a que al inicio del contrato el contratante decidió cambiar el objeto del contrato, la inseguridad del

sector produjo retrasos debido a robo de materiales y maquinaria, oposición violenta de los residentes de la zona y en general las condiciones del contrato respecto a presupuesto cambiaron.

III.ASPECTO JURÍDICO CONSIDERADO

La Sala procedió, en primer lugar a revisar lo relativo a su competencia, en segundo lugar se realizará un análisis sobre el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la administración cuando declara la caducidad de un contrato estatal, tercer lugar realizo una relación de los medios probatorios que obran en el expediente y de los hechos que éstos demuestran.

IV.PARTES

*Sujeto activo: Empresa Vélez Mesa & Cía.

*Sujeto Pasivo: Empresas Publicas de Medellín (EPM)

V. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es jurídicamente viable que la Administración le declare la caducidad a un contrato, mientras este se encuentre vigente y no ha sido perfeccionado, puede hacer uso de estas cláusulas exorbitantes en una etapa extracontractual?

VI.TESIS.

Consejo de Estado: No

VII. EXPLICACIÓN DE LA TESIS

La potestad sancionadora es sólo un instrumento de los muchos con que cuenta la administración en materia contractual para la consecución de los objetivos que la ley le asigna a través de la delimitación de competencias, de allí que pueda predicarse que la caducidad es una forma de concretar el deber de dirección general de los contratos y la responsabilidad de control y vigilancia de la efectiva ejecución de las prestaciones. Por ello, el ordenamiento jurídico establece diferentes mecanismos encaminados a evitar la afectación o paralización de los servicios públicos, reconociendo al igual que lo hacía el anterior estatuto poderes unilaterales de interpretación y modificación de las cláusulas contractuales y de terminación de los negocios jurídicos.

Así las cosas, los cargos formulados por el actor constituyen un límite para decidir, toda vez que, como ya ha reiterado la jurisprudencia de esta corporación en varias oportunidades, el control de legalidad que el juez contencioso administrativo realiza no es general sino particular y concreto. Es decir, el análisis que haga el operador jurídico sólo puede circunscribirse a los motivos de violación que se alegan en el proceso. La jurisdicción contencioso administrativa es esencialmente rogada, por ello, se afirma que quien decide, no puede de oficio señalar razones de contradicción entre la norma demandada y la supuestamente infringida; esta posibilidad sólo es permitida por el ordenamiento jurídico cuando se constata la afectación de un derecho fundamental.

La respuesta al interrogante formulado es negativa por las siguientes tres razones:

1. Como se señaló líneas atrás, la posibilidad de ejercer la potestad sancionadora en materia contractual encuentra un límite temporal, razón por la cual, para que sea correctamente ejercida la sanción debe ser impuesta mientras el contratista se encuentre obligado a la ejecución del objeto contractual. Se está frente al elemento competencial del acto administrativo sancionatorio, al periodo establecido por el legislador para que la administración haga uso del *ius puniendi*, pues su ejercicio no puede ser indefinido porque de serlo se estaría ante el reconocimiento de una situación generadora de inseguridad jurídica.

De las disposiciones del Decreto 222 de 1983 (especialmente del artículo 64) se desprende con claridad que el legislador quiso que la administración contará con la posibilidad de utilizar el poder sancionatorio durante la etapa de ejecución del contrato, razón por la cual es sencillo concluir que el hecho de que la decisión de declaratoria de caducidad se tome un día antes de su vencimiento del plazo fijado en el negocio jurídico no produce la invalidez del acto administrativo, pues se insiste, mientras este periodo no haya finalizado se tiene competencia para decidir.

2. La validez de la declaratoria de caducidad es perfectamente separable del tema de su eficacia. En la construcción que en el ordenamiento jurídico se ha hecho de los actos administrativos, su legalidad depende de que en el procedimiento que antecede su expedición se haya respetado en todo momento el debido proceso y que se configuren en debida forma cada uno de sus elementos. Por ende, desvirtuar la presunción de legalidad implica que la parte demandante demuestre que la decisión administrativa se expidió sin

competencia, incurriendo en desviación de poder, con falsa motivación, pretermitiendo los causes procedimentales exigidos por la ley o desconociendo, en el caso de la declaratoria de caducidad, los principios que deben regir la actividad sancionatoria de la Administración de acuerdo con lo que en esta sentencia se ha desarrollado. La notificación del acto administrativo no condiciona entonces la validez de la decisión, pues se trata de un trámite posterior encaminado de forma exclusiva a dotarla de eficacia.

3. La notificación personal de un acto administrativo individual, aunque sea desfavorable por imponer una sanción, es un presupuesto de eficacia. Ello es así porque aun cuando la decisión administrativa ya existe y es válida no puede ejecutarse sin que sea previamente conocida por el destinatario. Es un requisito para que la administración pública pueda hacer uso del poder de auto tutela que le es reconocido y que se traduce en la posibilidad de hacer valer sus manifestaciones unilaterales de la voluntad sin necesidad de acudir al aparato jurisdiccional.

Así las cosas, el que la declaratoria de caducidad hubiera sido notificada a la Sociedad Vélez Mesa por fuera del plazo de ejecución del contrato no produce como consecuencia la invalidez de la decisión administrativa toda vez que su único efecto real es condicionar la posibilidad de la ejecución de la sanción y de las consecuencias que de ella se desprenden (medidas encaminadas a restablecer el orden turbado o a reparar los perjuicios causados). De igual modo, el que la decisión se hubiera proferido un día antes del vencimiento del tiempo acordado tampoco conduce a la nulidad perseguida por el actor, comoquiera que EPM actuó respetando el factor temporal que enmarcaba su competencia.

VIII. MÉTODO

Método Sistemático

IX. SALVAMENTO DE VOTO

No aplica

B. ANÁLISIS CRÍTICO

Considero que el caso en mención presento diversas falencias por parte de la Administración y de la interventoría; debido a que la ley es clara respecto a los deberes que tiene la entidad con el contratista de facilitarle los medios para ejecución del contrato; y en este caso EPM cambio el objeto del contrato de acueducto a tuberías una vez este se encontraba legalizado; es una afectación directa genera un vicio de fondo al contrato; debido a que el contratista para licitar presenta su respectiva propuesta técnica respecto al objeto del contrato que se oferta, realiza los respectivos estudios técnicos y económicos para determinar la duración, el presupuesto y la forma de ejecutarlo; pero si una vez establecido esto el contratante realiza un cambio tan radical como el que se evidencio le recarga al contratista vicios de fondo para que se autogenera su propio incumplimiento.

La posición del consejo de estado frente a este asunto fue totalmente administrativa, sugiere la ley que el juez o la entidad responsable debe fallar de forma imparcial y sujeta a la regulación normativa; según lo expresado en la *ratio decidendi* de la sentencia no se expone el análisis del contrato y los deberes a lo que la entidad está sujeta; así mismo la ley 1474 del 2011, las causales que exoneran al contratista por problemas de fuerza mayor o caso fortuito son relacionadas a la violencia y corrupción pública en el caso se manifestó los constantes robos y desordenes públicos a los que estuvo sometido el contratista y su equipo de trabajo por razones de inseguridad.

Anexos

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

C. ANÁLISIS CONCEPTUAL

X. IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia, radicado (17009)
Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, 13 Noviembre de 2008.

XI. HECHOS RELEVANTES

El 18 de noviembre de 1993, se suscribió el contrato de obra pública No. 0244 entre el ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA y la sociedad CLAVIJO DELGADO INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS LTDA., para la “Recuperación vial Fase II Segunda Etapa, Boulevard Bolívar - Boulevard Santander”, con un plazo de 90 días, los cuales comenzaron a correr el 30 de diciembre del mismo año, fecha en que se impartió la orden de iniciación -acta No. 01.

Señala el demandante que pese a que la cláusula vigésima segunda del contrato, disponía que la obra se ejecutaría conforme a los planos y especificaciones técnicas que harían parte de los documentos contractuales, aquellos solo fueron puestos a disposición por el interventor el 3 de

febrero de 1994. Estos documentos permitieron observar la “ostensible diferencia” entre la obra contratada y la obra a ejecutar -mayor cantidad de obra-, lo cual generó dificultades económicas para el contratista, pues, además, los precios habían cambiado “notoriamente”.

Esta situación se puso a consideración de la entidad, la cual, el 14 de febrero decidió incluir nuevos ítems de obra -acta No. 003-, y celebrar contrato adicional No. 01 -de la misma fecha-, ampliando el plazo.

Aunque el contrato siguió su ejecución, el demandante advierte sobre las “serias dificultades” y el desequilibrio financiero del mismo, pues el precio del asfalto seguía aumentando. Con base en estas situaciones, el contratista “buscó afanosamente” que se restableciera el equilibrio económico del negocio jurídico, a través del reajuste de precios, considerando la diferencia entre la ejecución de la obra, lo presupuestado y contratado, ante lo cual, recibió una comunicación escrita el 27 de abril de 1994, en la que manifestaba el interventor la decisión adoptada por la entidad de liquidar el respectivo contrato -en ese momento, considera el actor, se había ejecutado un 43% de la obra-.

Como consecuencia de lo anterior, la entidad contratante expidió la resolución No. 0222 de junio 28 de 1994, mediante la cual declaró “EL INCUMPLIMIENTO TOTAL DEL CONTRATO No. 0244 DE 1993”, ordenando su liquidación y la imposición de la cláusula penal pecuniaria por un equivalente al 15% del valor del contrato, haciendo efectivas las pólizas de cumplimiento y anticipo. Contra dicho acto, el contratista y la compañía aseguradora, interpusieron recurso de reposición, los cuales fueron decididos “desfavorablemente”.

El 1° de noviembre de 1994, la entidad declara en firme la liquidación unilateral del contrato, situación que, señala el actor, es injusta, pues se sanciona con el tope máximo de la cláusula penal pecuniaria establecida en el contrato -15%-, como si no hubiese realizado ningún porcentaje de obra. Esta decisión fue recurrida por el contratista pero la resolución, por parte de la entidad, confirmó los términos del acto impugnado.

XII.ASPECTO JURÍDICO CONSIDERADO

La sala procede a analizar los siguientes aspectos: en primer lugar, estudiará la potestad sancionatoria de la administración con base en los principios de legalidad y proporcionalidad; en segundo lugar analizará la figura jurídica de la cláusula penal pecuniaria en los contratos estatales; en tercer lugar se estudiará el alcance y la procedencia de su modificación por vía judicial y; finalmente, se analizará el caso concreto.

XIII. PARTES

*Sujeto activo: CLAVIJO DELGADO INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS LTDA.

*Sujeto Pasivo: ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA

XIV. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es viable jurídicamente declarar el incumplimiento total de un contrato de obra teniendo en cuenta que se presentaron vicios de fondo respecto a los planos técnicos proyectados para su ejecución?

XV. TESIS.

Primera instancia: nulidad parcial

XVI. EXPLICACIÓN DE LA TESIS

La sala considera se debe tener presente que el decreto-ley 222 de 1983 y la Ley 1150 de 2007 faculta a las entidades públicas para que impusieran y ejecutaran la cláusula penal pecuniaria frente a sus contratistas al verificar un incumplimiento contractual. Pero es necesario considerar, igualmente, que la normatividad artículos 1596 del C.C y 867 Co de Co, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, han dispuesto y analizado la posibilidad de graduar dicha cláusula.

Según el principio de proporcionalidad y el criterio auxiliar de la equidad, si el juez verifica que el contratista cumplió, efectivamente, parte del objeto estipulado en el contrato, y que este, además, fue aceptado por la entidad contratante, puede disminuir la sanción penal en proporción al porcentaje de obra ejecutada. Partiendo de lo anterior, es necesario que el juez, además de estos aspectos, analice lo concerniente al cumplimiento del contrato a partir del porcentaje de obra ejecutado, y recibido por esta.

En este sentido, los aspectos que debe analizar el juez frente a la solicitud de disminución del monto de la cláusula penal pecuniaria, considerando que dicho análisis se realiza conforme a los postulados del principio de proporcionalidad y al criterio auxiliar de la equidad, son: *i)* El

porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista, y *ii*) si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual.

Según se dijo, el contrato se rige por el decreto-ley 222 de 1983, norma que, por lo demás, no reguló en forma particular lo concerniente a la disminución de la cláusula penal pecuniaria, de manera que, tal como lo ha hecho la Sala en otras ocasiones, es posible acudir al derecho civil y al comercial, para efectos de aplicar sus normas. No obstante, resulta que estos dos ordenamientos regulan, aunque de manera muy parecida -pero no idéntica-, la cláusula penal pecuniaria, de manera que se debe definir, concretamente, a cuál de los dos se hará la remisión, para efectos de concretar el análisis del tema.

La Sala acudirá a la regulación contenida en el art. 867 de la normatividad comercial, en consideración a que el contratista, conforme a los artículos 10 y 20.15 del Código de Comercio, es un comerciante, y por tanto le es aplicable lo dispuesto en el mismo.

Ahora bien, considerando -conforme al artículo 867 del Código de Comercio- que en el proceso se acreditó el incumplimiento del objeto del contrato -sólo se ejecutó el 38.77% de su alcance-, no obstante lo cual la entidad aceptó la entrega de esta parte, se deberá confirmar la decisión del *a quo*, en lo relacionado con la disminución de la cláusula penal en el 38.77%.

Por esta razón, el aspecto de la sentencia del *a quo* con el cual está inconforme la parte demandada se **confirmará** -esto es, la reducción del monto de la sanción-, pues los antecedentes jurisprudenciales de esta Sección, sumado a la claridad de las normas que regulan la materia, enseñan que, efectivamente, en caso de incumplimiento de un contrato, que contiene la cláusula penal, no necesariamente se debe imponer el valor total de la pena pactada, sino una suma proporcional, siempre que se hubiese ejecutado parte del contrato.

En conclusión, se considera que, efectivamente, el contratista incumplió el contrato -lo cual, de hecho, no discute él en su recurso de apelación, sólo que se opone a la afirmación de que el incumplimiento fue total-, de manera que la sanción aplicable era la correspondiente al porcentaje no ejecutado. Por tanto, se confirmará la sentencia apelada.

XVII. MÉTODO

Método Sistemático

XVIII. SALVAMENTO DE VOTO

No aplica

D. ANÁLISIS CRÍTICO

Respecto a esta sentencia es evidente que la Administración al realizar afectaciones técnicas y presupuestales al contrato de obra le generó un detrimento al contratista respecto a los costos presupuestales planteados al inicio del proyecto; de forma conducente el contratista buscó finalizar este contrato de forma anticipada debido a que la administración se rehusó a reevaluar los costos mayores que le generaban el cambio en las condiciones del contrato y sin hacer uso del debido proceso; para sustentar y motivar su declaratoria de incumplimiento; la Administración toma decisiones exorbitantes y motivadas siempre en beneficio a ella misma respecto a cláusulas pecuniarias extravagantes ignorando los fundamentos reales de las controversias contractuales.

Anexos

Radicado Proceso objeto de Estudio

Datos del Proceso					
Información Radicación del Proceso					
Despacho			Ponente		
000 Tribunal Administrativo - ORAL Administrativo			CARLOS ARTURO MENDIETA RODRIGUEZ		
Clasificación del Proceso					
Tipo	Clase	Recurso	Ubicación del Expediente		
Ordinario	ACCION CONTRACTUAL	Sin Tipo de Recurso	Secretaría		
Contenido de Radicación					
Demandante(s)			Demandado(s)		
- JAIME - URIBE JIMENEZ			- FONDO ROTATORIO DE LA POLICIA NACIONAL		
Contenido					
RESOLUCION Nº 667 DE FECHA 11 DE NOVIEMBRE DE 2014, EXPEDIDA POR EL FONDO ROTATORIO DE LA POLICIA NACIONAL.					
Actuaciones del Proceso					
Fecha de Actuación	Actuación	Anotación	Fecha Inicia Término	Fecha Finaliza Término	Fecha de Registro
08 Jun 2016	TRASLADO PARA ALEGAR (10 DIAS) (ART. 181 LEY 1437 DE 2011)	PARA ALEGAR 10 DIAS ART 181	08 Jun 2016	21 Jun 2016	08 Jun 2016
07 Jun 2016	ACTA AUDIENCIA	AUDIENCIA DE PRUEBAS, ORDENA CORRER TRASLADO A LAS PARTES PARA QUE PRESENTEN ALEGATOS DE CONCLUSION DENTRO DEL TERMINO DE 10 DIAS.			07 Jun 2016
02 Jun 2016	CORRE TRASLADO	CORRE TRASLADO DE DICTÁMEN PERICIAL	02 Jun 2016	07 Jun 2016	02 Jun 2016
02 Jun 2016	AGREGAR MEMORIAL	AUXILIAR DE LA JUSTICIA ALLEGA DICTÁMEN PERICIAL			02 Jun 2016
11 May 2016	AUDIENCIA DE TRAMITE	AUDIENCIA DE PRUEBAS, SUSPENDE AUDIENCIA DE PRUEBAS Y FIJA FECHA PARA SU CONTINUACION EL DIA 7 JUNIO DE 2016 A PARTIR DE LAS 10 AM.			11 May 2016
04 May 2016	FIJACION ESTADO	ACTUACIÓN REGISTRADA EL 04/05/2016 A LAS 12:05:15.	05 May 2016	05 May 2016	04 May 2016
04 May 2016	AUTO NIEGA SOLICITUD	NO ACCEDER A LA AMPLIACION DEL TERMINO PARA PRESENTAR EL DICTAMEN PERICIAL SOLICITADO POR EL AUXILIAR DE LA JUSTICIA JULIO CESAR ARGUELLAS.			04 May 2016
28 Apr 2016	AGREGAR MEMORIAL	AUXILIAR DE LA JUSTICIA SOLICITA PRÓRROGA PARA RENDIR DICTAMEN.			28 Apr 2016
15 Apr 2016	AGREGAR MEMORIAL	SOLICITUD DE PAGO DE GASTOS			15 Apr 2016
15 Apr 2016	AUXILIARES DE LA JUSTICIA	VALOR DE LA TRANSACCIÓN: 1378908 - NÚMERO DEL COMPROBANTE: 631850			15 Apr 2016
14 Apr 2016	ELABORACIÓN DE OFICIOS	CON OFICIOS 1222 Y 1223 SE CITO A LOS DECLARANTES PARA LA AUDIENCIA QUE SE CELEBRARA EL DIA 11 DE MAYO DE 2016.			14 Apr 2016
13 Apr 2016	NOTIFICACION	SE NOTIFICO CONTINUACION AUDIENCIA DE PRUEBAS A LAS PARTES Y MINISTERIO PUBLICO			13 Apr 2016

Anexos**Estado de Arte**

LIBRO: Los sujetos de la contratación estatal y su régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés.

¿Quién?	Autor: Mario Roberto Molano López
¿Cuándo?	Se publica el libro en el año 2010
¿Qué?	El libro hace un resumen sobre las inhabilidades e incompatibilidades que se le presentan a un contratista, dependiendo del tipo del contrato que tenga respecto al servicio prestado y hace un énfasis en la declaratoria de caducidad como clausula exorbitante por parte de la Administración debido a los vacios jurídicos y falta de claridad acerca de la aplicación de esta clausula.
¿Dónde?	Ediciones nueva Jurídica, Bogotá

