

La caducidad administrativa en el proceso de contratación  
Estatal: un análisis desde los lineamientos del Estado Social  
de Derecho

Laura Milena Otero Pilonieta

Bucaramanga, 2012

La caducidad administrativa en el proceso de contratación  
estatal: un análisis desde los lineamientos del Estado Social  
de Derecho

Laura Milena Otero Pilonieta

Trabajo de grado presentado como requisito para optar el  
título de abogada

Dirigido a:

Dr. Mauricio Rodríguez

Universidad Autónoma de Bucaramanga

Facultad de Derecho

Bucaramanga

Mayo, 2012

## Tabla de Contenido

Pág.

### La caducidad administrativa en el proceso de contratación estatal en Colombia: un análisis desde los lineamientos del Estado Social de Derecho

Resumen	7
Abstract	8
Introducción	9
Problema	11
Objetivos de la investigación	13
Objetivo general	13
Objetivos específicos	13
Justificación	14
Marco de referencia	15
Fundamentos teóricos	15
Antecedentes del problema	21
Marco teórico	23

#### Capítulo I

##### La contratación estatal

1. De la contratación estatal	23
1.1 Evolución jurisprudencial	28

2. Principios constitucionales y legales de la contratación estatal en Colombia	35
3. Fines de la contratación	47
4. Estatuto general de la contratación estatal y normas complementarias	51
4.1 Valoraciones jurisprudenciales y análisis del fenómeno en el ámbito administrativo	55

## Capitulo II

### La Caducidad Administrativa

5. Naturaleza jurídica	59
6. Causales para la declaratoria de la caducidad del contrato estatal	65
6.1 Incumplimiento grave obligaciones del contratista	65
6.2 Colaboración con grupos al margen de la ley	69
6.3 Por Alcances Fiscales	71
6.4 En materia de contratos de concesión por minería	71
7. Tramite administrativo para declarar la caducidad del contrato estatal	73
7.1 Oportunidad	78
8. Efectos de la caducidad en el proceso de contratación estatal y régimen de responsabilidad	79

9. Derecho de defensa	81
9.1 Excepción de contrato no cumplido y acción contenciosa de controversias contractuales	84
9.2 Presunción de legalidad e inversión de la carga probatoria	89

### Capitulo III

10. La caducidad administrativa en el proceso de contratación estatal en Colombia: Un análisis desde los lineamientos del Estado Social de Derecho	89
Hipótesis	98
Metodología	98
Conclusiones	102
Bibliografía	104

## Lista De Tablas

	Pág.
Tabla 1. Estatuto general de la contratación	52

## RESÚMEN

Desde la investigación cualitativa, se planteó un estudio sobre el instituto jurídico contractual de la caducidad administrativa en el proceso de contratación estatal a partir del análisis de la jurisprudencia, la doctrina y la teoría administrativa aplicable al instituto, con el ánimo de describir los aspectos generales que intervienen en la declaratoria de esta cláusula exorbitante y recomendar la reglamentación del procedimiento administrativo que debe desarrollarse para su correcta ejecución.

Como eje teórico de investigación se adoptaron los lineamientos del Estado social de derecho para indagar en la caducidad administrativa y afirmar que su existencia se justifica en la protección del interés público inmerso en el contrato estatal, cuya finalidad es el cumplimiento de los fines estatales.

**Palabras claves:** Caducidad administrativa, Contrato estatal, Estado Social de Derecho, investigación cualitativa.

ABSTRACT

From qualitative research, a study of a contractual legal institute of administrative forfeiture in state contracting process from the analysis of case law, Doctrine and management theory applicable to the institute was presented, with the aim of describing the general aspects involved in declaring this exorbitant clause and to recommend the regulation of administrative procedure to be developed for proper execution.

As a theoretic axis of research, guidelines of the Social State of Law were adopted to inquire into the administrative forfeiture and assert that its existence is justified in protecting the public interest immersed in the state contract whose purpose is the fulfillment of State purposes.

Keywords: Administrative expiration, State Contract, Social State of Law, qualitative research.

LA CADUCIDAD ADMINISTRATIVA EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN  
ESTATAL: un análisis desde los lineamientos del Estado Social  
de Derecho

El presente trabajo tiene como objetivo principal describir el instituto jurídico contractual de la caducidad administrativa al interior del proceso de contratación estatal en el derecho colombiano, a partir del análisis de la jurisprudencia, la doctrina y la teoría administrativa vigente, sujetas a los lineamientos del Estado Social de Derecho para describir sus generalidades y conocer su papel en el ordenamiento administrativo contractual.

La propuesta investigativa desarrollada corresponde a "la caducidad administrativa en el proceso de contratación estatal: un análisis desde los lineamientos del Estado Social de Derecho" en la cual se abordan el contrato estatal, los principios, fines y normas del régimen de contratación estatal, y la caducidad como instituto jurídico-contractual autónomo para analizar su existencia dentro del Estado Social de Derecho, en el papel de garantía del interés público inmerso en los negocios jurídicos estatales.

Igualmente se plantea la necesidad de reglamentar el procedimiento administrativo previo a la declaratoria de caducidad del contrato, lo cual facilita la utilización de esta facultad exorbitante y el respeto al debido proceso del contratista.

Dicha necesidad encuentra su soporte en las dificultades reales que se presentan dentro del proceso de contratación para declarar la caducidad del negocio jurídico estatal como la determinación de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones del contratista que puedan afectar la ejecución del contrato y por tanto transgredir el interés público que persigue; y el carácter potestativo de la declaratoria de caducidad por su naturaleza sancionatoria, los cuales se convierten en obstáculos para garantizar el respeto al debido proceso y lograr la continuación del objeto contractual.

Por otra parte para la consecución del objetivo planteado se utilizó la investigación cualitativa de tipo descriptiva-analítica encuadrada a la ciencia del derecho, a partir de la hermenéutica jurídica de los elementos estudiados y la observación del instituto jurídico contractual que permitió un estudio detallado de la caducidad administrativa en el proceso de contratación estatal.

Finalmente, se busca con esta investigación generar un espacio académico de debate sobre la caducidad administrativa, que trascienda la connotación de simple estipulación contractual y se detenga a analizar sus implicaciones dentro del proceso contractual desde el enfoque del Estado Social de Derecho al interior del negocio jurídico estatal.

## PROBLEMA

En el actual sistema jurídico colombiano la caducidad administrativa en el proceso de contratación estatal, es uno de los principales fenómenos generadores de controversia y disputas legales entre la administración pública y los particulares en los aspectos sustanciales que regulan la contratación de la administración en Colombia; sin embargo, es notorio señalar que bajo esta figura jurídica, se materializa la máxima expresión de superioridad del Estado frente al particular contratista, puesto que, la caducidad es la facultad que tiene la entidad pública para dar por terminado un contrato en el evento que se presente incumplimiento del contratista; a su vez, es una potestad exclusiva del Estado en la toma de decisiones para la protección del patrimonio público frente a omisiones, incumplimiento y corrupción del particular en la ejecución efectiva de las obras públicas licitadas y concedidas por la Administración.

En este sentido, la caducidad se presenta como una herramienta legítima de la administración para sancionar al particular que no cumple las reglas de la contratación pública en Colombia; sin embargo surgen inconvenientes en el momento real de declaración por cuanto en primer lugar, la ley contempla una fórmula general para su aplicación cuando existen hechos constitutivos de incumplimiento que afectan gravemente la ejecución del contrato y conducen indefectiblemente a su parálisis, lo cual dependiendo de la modalidad del contrato se podrán determinar o no; en segundo lugar permite a la administración declarar o no la caducidad

y para ello la exhorta a tomar otras medidas que corrijan la situación; y en tercer lugar exige a ella adelantar un procedimiento administrativo antes de expedir el acto administrativo que declara la caducidad, el cual no se encuentra reglamentado y solo tiene como guía el principio del debido proceso.

Por consiguiente, corresponde a este estudio analizar los aspectos que convergen en la declaratoria de la caducidad del contrato estatal que expliquen la figura jurídica contractual y revelen la función que en un Estado Social de Derecho debe cumplir, de forma que indefectiblemente se identifique como causal de ineficiencia de esta figura, la ausencia de un procedimiento previo reglado que indique a la entidad contratante cómo llevar a cabo la declaratoria de caducidad en atención al debido proceso y que evite el perjuicio al interés público, toda vez que si se ejercita la facultad exorbitante sin razón alguna acarrea indemnizaciones a cargo de la administración y si se omite su ejercicio no se cumplen los fines del Estado que justifican la contratación.

Por lo cual, se busca conocer brevemente cuáles son los efectos jurídicos, posteriores al acto unilateral de la Administración, y analizar acuciosamente la jurisprudencia de las altas Cortes y doctrina pertinentes al tema objeto de estudio para interpretar a fondo el fenómeno y tener herramientas conceptuales, argumentos jurídicos sólidos y claridad para interpretar y solucionar cualquier conflicto que se presente con ocasión de la caducidad administrativa en el proceso de contratación estatal, a partir de la respuesta

a: ¿Cómo se estructura la caducidad en el proceso de contratación estatal?.

#### OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo General:

Describir el fenómeno de la caducidad en el proceso de contratación estatal.

Objetivos Específicos:

Identificar las características principales que se deben tener en cuenta sobre los hechos en concreto que motivan a la entidad pública para la aplicación de la cláusula de caducidad.

Analizar la jurisprudencia de las altas Cortes y doctrina pertinente para la interpretación profunda y argumentación conceptual del fenómeno de la caducidad administrativa en el proceso de contratación estatal en Colombia.

Estudiar desde la teoría del Estado Social de Derecho la caducidad administrativa en el proceso de contratación estatal en Colombia

Indicar la necesidad de reglamentación del procedimiento previo a la declaratoria de caducidad del contrato estatal que garantice la efectividad de la facultad exorbitante de la administración en el proceso de contratación.

#### JUSTIFICACIÓN

Se investiga el fenómeno de la caducidad administrativa en el proceso de contratación estatal por parte de las entidades públicas en Colombia, porque se ha observado la carencia de un estudio que determine específicamente los criterios pertinentes para la aplicación de la caducidad, así como la necesidad de estudiar las variables de responsabilidad jurídica que se presentan entre el Estado representado por la entidad pública y el particular contratista al momento de aplicar la cláusula de caducidad del contrato estatal.

Por esta razón, el estudio de la declaratoria de la caducidad en los contratos estatales adquiere relevancia toda vez que las normas que regulan la contratación estatal presentan vacíos y limitaciones por cuanto contemplan una formula general para su aplicación que no es clara y no facilita su utilización por parte de la entidad estatal; así también se hace necesario recurrir al análisis acucioso de la jurisprudencia de las altas Cortes y la doctrina referida al objeto de investigación, buscando con esto, estructurar argumentos jurídicos sólidos que ayuden al mejoramiento y comprensión del tema tratado y a su vez contribuyan en parte al desarrollo efectivo de la ciencia del derecho.

En efecto, es importante para el desarrollo de la práctica jurídica, comprender a fondo la variables, las oportunidades, consecuencias y eventos en los cuales se declara la caducidad administrativa, de esta manera, el desarrollo de la investigación, expone y describe diferentes planteamientos aplicables a la figura excepcional de la caducidad, necesarias para el óptimo cumplimiento de los requisitos exigidos en el transcurso de los contratos de la Administración, a partir de la descripción de sus generalidades que permita interpretar mejor el fenómeno de la caducidad administrativa en el proceso de contratación estatal por parte de las entidades públicas en Colombia.

#### MARCO DE REFERENCIA

##### Fundamentos teóricos

En la estructura del sistema jurídico colombiano, el proceso de contratación estatal, está determinado por principios reguladores de los actos que se desprenden de las relaciones entre Estado y particulares contratistas; en este sentido, Palacio (2005) señala que es en el texto de la Ley 80 de 1993 donde se ha regulado expresamente tres principios esenciales que rigen la contratación estatal en Colombia, a saber: El principio de la transparencia, economía y responsabilidad (p.52). Así mismo, el principio de la buena fe, de la colaboración entre particulares y el Estado para la consecución de fines públicos, la eficiencia, celeridad, y el principio de planeación y selección objetiva de contratistas, entre otros, son lineamientos necesarios para el éxito, desarrollo efectivo y satisfactorio de las obras licitadas y

adjudicadas en la relación contractual, que buscan la satisfacción de las necesidades de la sociedad y el interés público general. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-400 de junio 2 de 1999 señaló que:

Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en el que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados.

Ahora bien, es oportuno buscar una definición genérica de contrato estatal, que ayude a contextualizar el inicio del estudio y estructurar en el desarrollo de éste, un concepto propio producto del análisis e investigación planteada, así pues, es pertinente la apreciación de Younes (1996), que al respecto señala, "la denominación de contratos estatales, integra tanto los contratos previstos en el derecho común, como los contratos regidos por normas especiales de derecho público, así como los contratos de obra, de consultoría, de concesión, de prestación de servicios, de encargos fiduciarios y de fiducia pública, entre otros" (p. 179).

Se infiere entonces, de lo anterior, que en el sistema jurídico colombiano las relaciones contractuales del Estado

representado por las entidades públicas con los particulares contratistas, se enmarcan en un régimen de especialidad en los contratos y permite así, que se presenten figuras jurídicas excepcionales como la caducidad administrativa, facultad legítima de la Administración para sancionar y controlar los actos de los particulares que no cumplen las reglas de la contratación pública en Colombia.

Al respecto, Palacio (2005) señala: "el poder de control y dirección de los contratos, está a cargo de la Entidad Estatal. Tal función la cumple con los mecanismos que la Ley le otorga a través de las denominadas cláusulas excepcionales, denominadas así, porque con ellas se quiebra el principio de libertad contractual basado en la autonomía de la voluntad y el de la igualdad contractual, propios del Derecho Civil" (p.251). Complementa su idea inicial señalando que "las potestades excepcionales permiten que el Estado pueda dirigir y controlar el contrato, en beneficio del interés general para obtener la ejecución idónea, oportuna y adecuada del objeto pactado" (Palacio, 2005, p.252).

Así pues, esta facultad es conferida por el ordenamiento jurídico a la Administración Pública como una potestad excepcional, para garantizar el efectivo y total cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, con el fin de que no se afecte por ningún motivo el interés público. Tal potestad es en realidad el ejercicio de una facultad sancionadora en cabeza de las entidades públicas, para que además de fijar los lineamientos y marco de cumplimiento del contrato, puedan obligar al contratista a través de medidas

coercitivas a cumplir estrictamente con sus obligaciones producto de la relación contractual.

Sobre este punto, es meritorio señalar la interpretación de Rodrigo Escobar Gil (1999, p.345) que indica:

Se trata de un poder inherente a la dirección y control del contrato que tienen las entidades públicas, en razón a que ninguna eficacia práctica tendría la facultad que el ordenamiento le atribuye a la Administración de impartir órdenes e instrucciones al contratista en torno del cumplimiento del contrato, si no se complementara con cierto poder de compeler al contratista para el logro del estricto cumplimiento de sus obligaciones a través de la adopción de las medidas necesarias para reprimir las conductas contrarias a la *lex contractus*.

Estos actos, que facultan al Estado para unilateralmente decidir sobre la continuidad de un contrato, son la expresión de poderes extra contractuales, que le son otorgados a la entidad pública, con la única finalidad de tutelar el interés general de la sociedad y preservar el patrimonio público. Al respecto, el Consejo de Estado en dictamen de 8 de noviembre de 1976 al referirse sobre la Cláusula de Caducidad manifestó:

Esa facultad o prerrogativa en virtud de la cual la entidad pública puede dar por terminado un contrato... la ejerce simplemente, y está obligada a ejercerla la respectiva entidad, cuando a su juicio el contratista ha incurrido en algunas de las causales previstas (...) mediante la cual y por

ese procedimiento extraordinario, defiende aquélla los intereses públicos.

Surge entonces el interrogante al abordar el tema de la caducidad, de cuál es la oportunidad que tiene la administración para declarar la caducidad del contrato, al respecto el Consejo de Estado (1998) ha sostenido "que de esta potestad concedida por la ley a la entidad de derecho público sólo puede hacerse uso mientras esté vigente el contrato y no cuando el plazo haya vencido, ya que una de las limitaciones que afectan su ejercicio, es precisamente el elemento temporal para no configurar una incompetencia *ratione temporis*".

De igual forma, en sentencia del 22 de noviembre de 1979 (Exp. 1485), el Consejo de Estado en forma reiterada ha dicho que la caducidad del contrato solo es procedente:

Cuando éste está vigente y no cuando el contrato ha terminado por vencimiento del plazo contractual o ante la terminación de la obra contratada. La finalidad de la cláusula de caducidad es precisamente dar por terminado el contrato. Pero si ya feneció por vencimiento del plazo o ejecución de las obras, lo único que legalmente procede es su liquidación, para saber quien debe a quien y cuánto o para que se haga uso de las acciones legales que cada parte considere conveniente a sus intereses. (...)

Así mismo, respecto del cumplimiento del tiempo de ejecución de la obra pactada en el contrato, elemento

relevante para el estudio, en la medida que se constituye como factor determinante para declarar la caducidad, puesto que atenta contra el principio de responsabilidad, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (1976) en relación con los límites temporales para el ejercicio por la administración de la prerrogativa de declarar la caducidad de un contrato consideró que:

(...) Si la caducidad es la facultad que tiene la entidad pública para dar por terminado un contrato por el incumplimiento del contratista, es obvio que solo en el término establecido para la ejecución de la obra puede la entidad pública decretar inmediatamente la caducidad. La caducidad tiene por sí misma sus consecuencias muy importantes, a las cuales no puede renunciar la entidad que en los contratos administrativos goza de ese privilegio. Lo contrario, la no declaración de caducidad, podría llevar a un litigio prolongado y de consecuencias imprevisibles para la administración. Es una obligación declararla en los casos de incumplimiento del contratista.

En resumen, cuando el particular contratista no cumple sus obligaciones dentro del plazo de ejecución establecido en el contrato con la entidad estatal, se evidencia su incumplimiento, y es éste el momento oportuno en el que la Administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento, con la declaratoria de caducidad del negocio jurídico estatal.

Se puede concluir hasta este punto del estudio, que la Caducidad es términos generales, una potestad excepcional y de carácter unilateral que le permite a la Administración utilizarla cuando el particular contratista le incumple con los términos pactados en el contrato. Debe anotarse, que dicho incumplimiento debe ser notorio de forma que represente un perjuicio al interés público, toda vez que los incumplimientos parciales se sancionan a través de multas o medidas coercitivas. Por esta razón, el tema que corresponde analizar en el estudio, es el incumplimiento total del objeto contractual; es decir, el incumplimiento que conduce a la parálisis del contrato estatal y a la afectación del interés público.

#### Antecedentes del problema

Luego de plantear los referentes teóricos preliminares para estructurar el modelo conceptual de la investigación, se ha identificado como principales antecedentes del problema objeto de estudio, los trabajos y autores que a continuación se enuncian.

La investigación desarrollada por Gorbaneff (2002) bajo el título de la Contratación en Colombia y la Teoría Económica cuyo objetivo principal era determinar las causas que originan los problemas en la contratación estatal, específicamente en la de infraestructura, para formular políticas de mejoramiento del proceso de contratación de Colombia. Desarrolló un modelo, como estrategia metodológica, de la contratación, en donde se presenta un "contrato

completo", es decir, aquel que prevé todas las situaciones y circunstancias futuras que pudieran afectar su ejecución. Contribuye entonces, con un elemento importante, la previsión contractual.

Así también, como referente del fenómeno de la contratación estatal, es el Manual de procedimiento de la contratación estatal, cuya autoría corresponde a Gámez Vizcaíno (2001) editado por Legis, comprende todas las etapas del proceso contractual, mostrando una gran preocupación del autor por observar los principios propios de la contratación pública, con el especial cuidado de tener en cuenta tanto los intereses de la entidad contratante como los del contratista, constituyéndose en una invaluable herramienta para los servidores públicos de todos los niveles y para la ciudadanía en general (p. 2), al recordar el carácter nomoárquico de la contratación.

Para igual tópico, la cartilla de Administración Pública de la ESSAP, con el nombre de Contratación estatal y cuyo autor es Pino Ricci (2010) se convierte en una herramienta indispensable para comprender los distintos aspectos que convergen en la contratación estatal, ya que su propósito es realizar una labor de capacitación masiva en la materia, recogiendo los apartes más significativos de los lineamientos y directrices de dicha capacitación, los cuales en materia de Contratación Estatal se consideran plausibles por cuanto devienen en la realización de procesos de contratación eficientes, eficaces y económicos (p.8) a partir de la construcción de un instrumento metodológico de apoyo a nivel técnico y jurídico en el quehacer de la Contratación Estatal.

Más aún, el trabajo desarrollado por Bejarano Roccancio (2009): Fundamentos de contratación pública para proyectos sociales en alimentación y nutrición, desarrolla el marco jurídico de la contratación estatal, como referente normativo para el análisis jurídico del objeto de estudio.

Así mismo, el documento de Felipe Pablo Mojica Cortes, (2007), que busca exponer diferentes postulados aplicables a la figura especial de la caducidad en el régimen administrativo colombiano, y plantea elementos considerados de utilidad en el transcurso de los contratos de la Administración, se observa en este estudio, la finalidad de actualizar algunos elementos de juicio que aportan soluciones a problemas concretos en la práctica jurídica contractual.

Por último, se han analizado los referentes jurisprudenciales de mayor relevancia al tema emitidos por las Altas Cotes, principalmente del Consejo de Estado, para estructurar los principales conceptos jurídicos que aportan claridad al estudio.

## MARCO TEORICO

### CAPITULO I

#### LA CONTRATACIÓN ESTATAL

##### *1. De la contratación estatal*

La contratación estatal es el fenómeno jurídico de la administración cuyo propósito se refleja en *"el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de*

*los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados"* (Ley 80 de 1993, artículo 3). Se convierte en la herramienta jurídica del Estado para atender las necesidades y exigencias de los administrados y finalmente constituye un proceso complejo que involucra el funcionamiento del Estado en sus relaciones con los particulares.

Es el proceso para la celebración, ejecución y liquidación del contrato estatal, este último como *"todo acto jurídico generador de obligaciones que celebren las entidades"* (Ley 80 de 1993, artículo 32) cuya finalidad es permitir la participación de la administración en la dinámica económica y desarrollar la misión para la cual se instituyó en entidad estatal. Responde a la necesidad de operatividad del Estado en la sociedad y al reconocimiento de su personalidad jurídica y por tanto su capacidad negocial.

La contratación estatal, como todo instituto de derecho administrativo, es consecuencia de la revolución francesa de 1789, pero a diferencia del acto administrativo, es expresión de la revolución industrial, puesto que con la masificación de las actividades económicas, era preciso para el Estado, so pena de ser ineficiente, competir con herramientas que facilitarían la contratación, prestación y delegación de bienes y servicios a su cargo, para lo cual se valió del proceso contractual. En ese sentido expone Morant Vidal (2002):

Fue necesario que se produjera un proceso de profunda evolución en el que, partiendo inicialmente de un grado muy reducido de intervención administrativa, se va evolucionando

hacia un volumen muy elevado de actuaciones públicas en todas las áreas que afectan al funcionamiento de la sociedad, y cuya etapa más significativa fue: la Revolución industrial que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX, puesto que hizo nacer lo que conocemos por capitalismo, que en poco tiempo llevó a extremo la explotación de unos ciudadanos por otros, hasta el punto de generar situaciones sociales insostenibles, lo que provoca el incremento de las actuaciones del Estado al necesitar, cada vez más, la contratación con particulares para hacer frente a la realización de determinados servicios y, por fin, cuando tales contrataciones se generalizan, surgen definitivamente los contratos administrativos. (p. 1)

No obstante lo anterior, si bien la contratación estatal responde al caos de la revolución industrial, es con el surgimiento del Estado Social de Derecho que consolida su importancia para el desarrollo de los fines esenciales del nuevo modelo estatal, garantista, eficiente y globalizado, en lo que señala Cassagne (1999): *"resulta útil tanto para encuadrar los poderes jurídicos de la administración, reduciéndolos a sus justos límites garantizando los derechos de los contratistas privados, a un sistema jurídico que compensa el desequilibrio contractual derivado del ejercicio de las potestades públicas"*(p. 13), es decir, armoniza las relaciones del Estado con los particulares desde la óptica del interés general.

Por su parte en Colombia, la contratación estatal tiene una evolución bastante peculiar; en principio los contratos que celebraba el Estado eran actos de gestión o de mero derecho privado, regidos por las normativas civil o comercial puesto que no se veía en qué podía afectar la celebración de

acuerdos de voluntades cuando una de las partes fuera una persona de derecho público y por tanto no ameritaba la regulación específica en la materia, aunque solamente se consagraran previsiones necesarias para la escogencia de contratistas y las prerrogativas que debía tener el Estado en el proceso contractual, entre esas la cláusula de caducidad como forma de terminación de los contratos estatales (Exposición de motivos Ley 80 de 1993, 1992).

Producto de lo anterior:

La expedición de normas como el Código Fiscal de 1873; la Ley 53 de 1909, que consagra algunas exigencias administrativas; la Ley 110 de 1912, Código Fiscal Nacional que se refiere a la licitación o concurso como procedimiento de selección de contratistas y a sus excepciones; la Ley 130 de 1913, el primer estatuto procesal contencioso administrativo que ratifica el concepto de actos de mero derecho privado de los contratos; la Ley 105 de 1931, que entrega el conocimiento de las controversias contractuales a la justicia común; y la Ley 167 de 1941, que reitera lo referente a la cláusula de caducidad y a la revisión administrativa de los contratos del Estado por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa y deja en manos del juez ordinario el conocimiento del contrato y sus controversias.

A esa normatividad podrían agregarse una serie de leyes y decretos legislativos que de los años 40 a 70 se dictaron, relacionados con autorizaciones, aprobaciones y revisiones de tipo administrativo exigidas para los contratos estatales. Igualmente, podrían señalarse las contenidas en el Código de Minas y las normas que lo reformaron relativas a trámites administrativos para obtener, por medio de acuerdo, la explotación de recursos mineros nacionales y a cláusulas o estipulaciones especiales para esa clase de actos, como la llamada "reversión", mediante la cual se previó que al finalizar un contrato de explotación de la riqueza nacional los bienes y elementos puestos al servicio de la misma pasen a ser propiedad de la entidad estatal (Exposición de motivos Ley 80 de 1993, 1992).

Sin embargo, para la década de los 70' y como consecuencia del intervencionismo económico, propio de la reforma constitucional de 1968 y por tanto el auge de la contratación cuya primera deficiencia era su naturaleza privada y la dispersión normativa, surgió la necesidad de una regulación propia de los contratos estatales, frente a lo cual, como parte de la idiosincrasia jurídica, se expidieron un número considerable de leyes y decretos, como los decretos-ley 1050 y 3130 que distinguieron entre los contratos que celebraban la Nación y sus establecimientos públicos y los que acordaban los otros entes; el decreto-ley 528 de 1964 que asignó competencia a la jurisdicción contencioso administrativa para la solución de las controversias contractuales; Decreto-ley 1670 de 1975 que contenía el estatuto para la contratación estatal de la nación y los entes descentralizados; el Decreto-ley 150, conocido durante algunos años como el estatuto contractual de los entes públicos nacionales; y finalmente el decreto ley 222 de 1983, como el estatuto de la contratación en todos los niveles, ninguno de los cuales satisfizo la necesidad planteada.

El proceso constituyente de 1991 al consagrar a Colombia como un Estado Social de Derecho afecta completamente el fenómeno de la contratación estatal y acorde a sus postulados en el año de 1993 se expide la ley 80 como el estatuto de contratación estatal que en la actualidad se mantiene vigente pero con algunas modificaciones; en él la contratación estatal es de carácter público, busca el cumplimiento de los fines estatales, y se presenta frente a todo acto jurídico generador de obligaciones que celebren las entidades estatales.

Pero más allá de continuar con las generalidades de la contratación estatal, se pretende ahora mencionar el panorama jurisprudencial frente a este fenómeno jurídico.

### *1.1 Evolución jurisprudencial*

El primer aspecto que trató la jurisprudencia fue el concepto de contrato estatal, ya que a pesar de la definición puntual que consagró la ley 80, quedaban ciertas lagunas sobre qué elementos debería reunir para ser considerado como tal; así en sentencia 1121 de 1998 el Consejo de Estado dijo:

Algunos autores extranjeros distinguen dos clases de elementos en los contratos administrativos: a) los esenciales, y b) los propios de la naturaleza, o no esenciales. Estos últimos, también han sido denominados "eventuales", "accidentales o accesorios". Dentro de la primera clase incluyen los sujetos, el consentimiento, el objeto, la causa, la finalidad y la forma; y en la segunda analizan el plazo, la licitación y pliego de condiciones, las garantías y las sanciones. Naturalmente la determinación de los elementos constitutivos del contrato estatal depende del régimen jurídico positivo de cada país.

En nuestro ordenamiento jurídico actual, los elementos de los contratos que celebran las entidades estatales son los que las disposiciones civiles, comerciales y la ley 80 de 1993 determinen como de la esencia y la naturaleza. Adicionalmente, la ley orgánica de presupuesto que lo introdujo otro requisito de perfeccionamiento del contrato, el acuerdo sobre la contraprestación (el precio).

Es decir el contrato estatal existe, cuando "se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito" (Sentencia Septiembre 28 de Septiembre de 2006).

El segundo aspecto que trató fue entorno al perfeccionamiento del contrato estatal al decir:

Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y las contraprestaciones y éste se eleve a escrito" (Art. 41) y los requisitos que en el anterior régimen se requerían para perfeccionar el contrato pasaron a ser requisitos para su ejecución - aprobación de la garantía única y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes - (Art. 41, inciso 2° Ley 80 de 1993), lo cual significa que desde el momento en que las partes firman el contrato, éste existe como tal en el mundo del derecho (Sentencia de Febrero 3 de 2000).

Por lo cual, el contrato estatal debe contener el acuerdo de voluntades determinado por las partes y elevado por escrito, en medio magnético o físico con la firma o suscripción del respectivo contrato; así como también el objeto contractual y el precio del contrato el cual podrá ser en dinero o en especie, determinado o por determinar (Baron Ramirez, 2010).

En relación con este aspecto y frente a la publicidad del contrato estatal, una vez se ha perfeccionado la Corte Constitucional señaló que:

La publicidad de los contratos como exigencia contractual tiene como finalidad realizar una comunicación masiva que tiene por objeto informar, persuadir y conseguir un comportamiento determinado de las personas que reciben esta información, principio que nuestra legislación sobre contratación estatal recoge en un conjunto de reglas que lo instrumentalizan, y que bien puede adicionar el legislador en ejercicio de su libertad de configuración en esta materia, al crear sistemas, catálogos y registros para hacerla más transparente y facilitar su vigilancia que armonice todo el sistema (Sentencia C-384 de 2003).

Es decir, busca vincular al proceso de contratación estatal a la sociedad, para que ejerza una vigilancia activa

que salvaguarde el interés general y limitar las actuaciones discrecionales de la entidad estatal o el contratista que afecten la correcta ejecución del contrato con sujeción a los principios que lo orientan.

El tercer aspecto estudiado por la jurisprudencia se circunscribe a los criterios de selección de oferentes y/o contratistas a partir de las propuestas que se presentan. Ha señalado el Consejo de Estado que "la Ley 80 de 1993 establece un solo procedimiento para la selección del contratista que puede ser a través de la licitación o del concurso (parágrafo art. 30), según se trate del objeto del contrato que se pretenda celebrar" (Sentencia 10963, 2000); que " los pliegos de condiciones señalan los requisitos y formalidades que la propuesta debe atender, tales como los relativos al sujeto o calidades que debe reunir el potencial oferente, los del objeto, su forma, etc. y en general todos los pormenores que la administración exige para que ésta sea jurídicamente eficaz y válida, que lo será si se ajusta material y formalmente al pliego de condiciones" (Sentencia 10399, 2000) ya que "la propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias" (Sentencia 16 de Enero de 1975).

Es así como se desprende la hermenéutica aplicable a este aspecto en el trípode de los principios de eficiencia, economía y selección objetiva en donde:

"los diferentes proponentes pueden presentar de manera simultánea a la oferta inicial o básica una propuesta de alternativa o excepciones técnicas o económicas que permitan, en caso de que la entidad adjudique el ofrecimiento inicial o que

existan criterios objetivos de ponderación para las alternativas, valorar estas últimas para determinar si resultan oportunas en los términos de los principios de eficiencia y economía, sin que en momento alguno se hayan desconocido los principios de selección objetiva y tampoco modificado los elementos básicos y esenciales sobre los cuales se estructuró el procedimiento de selección y, por ende, el contrato estatal. (Sentencia 18167, 2011).

Así también, el cuarto aspecto estudiado por la jurisprudencia en atención al principio de igualdad de las cargas públicas, es el equilibrio económico y financiero en la ejecución del contrato estatal que impide el detrimento de las garantías del contratista, puesto que "existen diversos factores que pueden dar lugar a que la economía del contrato se lesione, en forma tal, que el contratista no solo pierde la posibilidad de una ganancia justa sino que incurre en pérdidas que deben ser indemnizadas" (Sentencia 21588 , 2002). Dicho equilibrio implica "que el valor económico convenido como retribución o remuneración a la ejecución perfecta de sus obligaciones (prestación del servicio o suministro de bienes, etc.) debe ser correspondiente, por equivalente, al que recibirá como contraprestación a su ejecución del objeto del contrato; si no es así surge, en principio, su derecho de solicitar la restitución de tal equilibrio, siempre y cuando tal ruptura no obedezca a situaciones que le sean imputables" (Sentencia 21588 , 2002).

Las causas que afectan el equilibrio económico pretendido pueden ser:

Actos o hechos de la administración contratante, actos de la administración como Estado y factores exógenos a las partes del negocio jurídico (teoría de la imprevisión). La causa que hace referencia a los actos de la administración como Estado, se

refiere fundamentalmente al denominado "Hecho del Príncipe", entendido como expresión de la potestad normativa, constitucional y legal, que se traduce en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general, los cuales pueden provenir de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado. La Sala ha precisado, que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato podrá proceder por dicha causa, si se afecta la ecuación financiera "en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista", haciendo más onerosa la ejecución del correspondiente contrato. Así lo ha entendido también la doctrina. Así las cosas, es posible concluir que el denominado "Hecho del Príncipe" puede dar lugar al rompimiento del equilibrio contractual, pero que dicha circunstancia no opera de manera automática, sino que, debe establecerse en cada caso (Sentencia 21588 , 2002)

Frente a estas causas especialmente, al hecho del príncipe, constituye un ejemplo claro:

La fijación de impuestos si se tiene en cuenta, en primer lugar, que el tributo es fijado por el Estado mediante ley, lo que significa que tal imposición tiene un carácter general, luego, al recaer en el contratista como sujeto individual destinatario de dichas normas, es perfectamente posible que, en ciertos casos, dicha medida le afecte de manera particular en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. (Sentencia 21588,2002).

Sin embargo, "el Hecho del Príncipe no opera, a priori, como factor desencadenante de la ruptura del equilibrio económico de los contratos; de allí que serán las particularidades de cada caso las que permitirán llegar a tal conclusión, siendo indispensable incorporar en el análisis de la hipótesis concreta, el criterio de previsibilidad" (Sentencia 21588 , 2002), por lo cual, "el contratista debe probar [su] existencia objetiva, esto es, la fijación de nuevos tributos o el incremento de los ya existentes, las condiciones iniciales del contrato que

considera se han alterado por causa de éste, dada la imprevisibilidad de dichas medidas, y que, por ende, para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales en esas nuevas condiciones ha debido asumir cargas anormales, extraordinarias, causantes de un detrimento patrimonial que no está obligado a soportar" (Sentencia 21588 , 2002).

Ahora bien, el equilibrio económico y financiero se puede ver "afectado durante la ejecución del contrato por razones tales como actos o hechos de la administración contratante, en cuyo grupo puede ubicarse el uso de los poderes exorbitantes de la administración - modificación, interpretación y terminación unilateral - y el incumplimiento de ésta" (Sentencia 11194, 1999), en donde la caducidad es uno de esos actos de poder.

Pero también hacen parte de dichos actos, las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos, como la nulidad absoluta; Además se clasifica en este mismo rango la que establece el sometimiento a las leyes nacionales; las "de privilegio" porque denotan "algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante", como la de reversión y la de garantías, bajo el argumento de que no constituyen materia totalmente ajena a la contratación privada. Conjuntamente existe otro género de cláusulas, "las especiales" que son objeto de pacto, o sea cláusulas o estipulaciones contractuales, que incluyen las multas y las denominadas penales pecuniarias; finalmente, otras actuaciones privilegiadas de la Administración entre las cuales se

mencionan la liquidación unilateral (Sentencia 1293 , 2000).

Finalmente, el quinto aspecto que la jurisprudencia ha estudiado es el incumplimiento del contrato estatal, frente al cual la administración puede terminar unilateralmente el contrato, al utilizar la prerrogativa que el estatuto de contratación le ha concedido, denominada declaratoria de caducidad, toda vez que:

La ley, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en reconocer en esta cláusula, una prerrogativa o privilegio que se le otorga al Estado para dar por terminado un contrato donde él es parte, cuando el contratista ha desplegado ciertas conductas o se presentan circunstancias que, en general, impiden el cumplimiento eficaz y adecuado del objeto contractual, hecho que hace necesaria la intervención rápida de la administración a fin de garantizar que el interés general involucrado en el contrato mismo no se afecte, porque de hecho se lesiona a la comunidad en general. Es decir, la caducidad del contrato es una potestad que se le reconoce al Estado como parte en él, para darlo por terminado. (Sentencia T-569, 1998)

Por tal naturaleza jurídica, es decir, "como la inclusión de la cláusula de caducidad en los contratos donde el Estado es parte, no es propia de la facultad sancionatoria que se le ha reconocido, sino de su especial condición, que lo faculta para dar por terminado un contrato, no se requiere el agotamiento de un procedimiento previo en donde el contratista y los terceros que puedan estar interesados en la ejecución de éste, deban ser escuchados sobre la procedencia o no de esta cláusula, pues ella, en sí misma, debe responder a hechos objetivos que debe alegar y demostrar el ente estatal, en el acto administrativo que se profiera para el efecto. Y es este acto, el que le permitirá al contratista

ejercer su derecho de defensa, primero ante la administración y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso administrativa" (Sentencia T-569, 1998). Posición jurisprudencial de la que se separa esta investigación, como en líneas posteriores se explicará.

Esta potestad "concedida por la ley a la entidad de derecho público sólo puede hacerse uso mientras esté vigente el contrato y no cuando el plazo haya vencido, ya que una de las limitaciones que afectan su ejercicio, es precisamente el elemento temporal para no configurar una incompetencia *ratione temporis*" (Sentencia 13 de Septiembre, 1999) y presenta como principal causal la presencia de "hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización" (Mojica Cortes, 2007).

## *2. Principios constitucionales y legales de la contratación estatal en Colombia*

La Carta Política de 1991 contempló como principios rectores del fenómeno de contratación estatal el principio de buen fé que orienta la conducta de contratantes y contratistas (art 83); la libre iniciativa privada que orienta el acercamiento contractual con el Estado (art 333); los principios de eficiencia, celeridad y economía como elementos integrantes de la función pública que se desarrolla en el proceso de contratación al igual que los principios de moralidad y publicidad en las actuaciones del ente estatal contratante (art 209).

Por su parte la Ley 80 de 1993 acogió los mencionados principios constitucionales y además agregó los principios legales de transparencia, economía y responsabilidad, junto con las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo (Art 23), lo cuales se explican a continuación.

El principio de buena fé es el paradigma de actuación de particulares y autoridades en cualquier circunstancia que se desprenda de las relaciones jurídicas que entre ellos tengan lugar, con diferentes connotaciones dependiendo de quién no siga el principio, de forma que frente al Estado *"constituye un deber ser de las autoridades administrativas de obrar con lealtad y sinceridad y ajustados a una conciencia recta, en la realización de todas y cada una de las actuaciones de la administración, actuación que encuentra su justa contrapartida en la obligación de los particulares de ajustar su comportamiento frente a la administración en los mismos términos"* (Jimenez Gil, sf)

En materia de contratación estatal, el principio de buena fé denota especial importancia en su aplicación toda vez que delimita el margen de actuación del contratista y el poder discrecional de la entidad en la consecución del objeto contratado, que inspira la especial modalidad de participación en colaboración en el contrato.

Esto se explica en *"la exigencia a particulares y autoridades de ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede*

esperarse de una persona correcta en el perfeccionamiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas(...)pues implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento administrativo, la credibilidad del Estado y el efecto vinculante de sus actos para los particulares”(Jimenez Gil, sf).

Así también la consagración de este principio en la contratación estatal responde al “interés general ínsito en la contratación pública de manera que implica el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado si ofrecen las condiciones más favorables y provechosas para el interés público”(Sentencia C- 415 , 1994).

Al tiempo que busca “proteger al particular de los obstáculos y trabas que las autoridades públicas, y los particulares que ejercen funciones, ponen frente a él, como si se presumiera su mala fe, y no su buena fe. Se hace explícita la presunción de buena fe de las actuaciones de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para éstas en el sentido de mirar al administrado primeramente como el destinatario de una actividad de servicio”(Sentencia C-544, 1994).

El principio de buena fe “es el valor ético de la confianza como fundamento del contrato estatal porque contribuye a humanizar las relaciones entre la Administración y el administrado. Dada la supremacía jurídica de la

Administración Pública es necesario que su conducta se someta a los dictados éticos de la buena fe; por ejemplo, en los contratos estatales, en los que el derecho le confiere a la Administración una posición de *potentior personae*, que se manifiesta no sólo en la atribución de las potestades de modificarlo, terminarlo o interpretarlo mediante el ejercicio de la decisión unilateral y ejecutoria, sino también en otros poderes y privilegios, tales como el de control y dirección, el de imponer sanciones, etc." (Sentencia T- 209, 2006).

De forma que, ayuda a humanizar las relaciones entre los dos contratantes, señala los límites a las entidades administrativas referidos a la formación y ejecución del contrato, preside la labor de interpretación y cumple un papel integrador ante la ausencia o insuficiencia de la ley (Navarro & Rivera, 2001). Al respecto el Consejo de Estado ha señalado:

La buena fe presente en la ejecución del contrato busca que no se altere el patrimonio de una de las partes y por lo tanto, se remite a la economía contractual persiguiendo el equilibrio financiero. Refiriéndose a este punto el Doctor Rodrigo Escobar Gil concluye con gran acierto en su libro "Teoría General de los Contratos de la Administración Pública" lo siguiente: "Por lo tanto, la buena fe es la causa jurídica de la obligación de la administración pública de restablecer la equivalencia económica del contrato cuando esta resulte afectada por la ocurrencia de los aleas administrativos (potestad variandi, hecho del príncipe y la responsabilidad contractual), coyunturales (económicos, sociales y políticos), o naturales (fuerza mayor o dificultades materiales imprevistas), que sobrevengan durante la ejecución del contrato. (Sentencia del 22 de abril , 1996)

Ahora bien, en particularidades propias del proceso de contratación estatal el principio de buena fé se manifiesta en "la carga impuesta a la administración de elaborar con

absoluta transparencia, objetividad e imparcialidad los pliegos de condiciones, sobre la base de una plena identificación de las obras, bienes o servicios que le interesa contratar, las condiciones técnicas, legales y económicas mínimas para su desarrollo y la plena identificación de las calidades exigibles a los concursantes; requisitos que, so pena de ser considerados ineficaces, deben resultar proporcionales con el objeto licitado" (Sentencia SU -713, 2006)

Por su parte, el principio de libre iniciativa privada contemplado en el artículo 333 de la Constitución Política consiste en la posibilidad de todo ciudadano de contratar con el Estado siempre y cuando cumpla los requerimientos técnicos y financieros que exige la entidad estatal para la celebración del contrato público, lo que justifica la regla general en la selección del contratista, la licitación, toda vez que en ella la convocatoria es abierta a cualquier persona (natural o jurídica).

Sobre este principio ha señalado la Corte Constitucional que:

De conformidad con el artículo 333 de la Constitución, la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común; que el Estado, según el mismo precepto, tiene la función de evitar o controlar cualquier abuso de personas o empresas participantes en el mercado; que, de acuerdo con lo allí mismo estatuido, la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social

Precisa igualmente que:

*Se reconoce y garantiza la libre iniciativa privada en aras de obtener un beneficio o ganancia por el desarrollo y explotación de una actividad económica. No obstante, los*

*cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad (Sentencia C-815 de 2001)*

De igual forma,

*En una perspectiva objetiva, la libre iniciativa adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre iniciativa privada promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados (Sentencia C-535/1997).*

Sin embargo esta libre iniciativa privada en el marco de la contratación estatal se ve limitada por el interés general intrínseco al él puesto que:

*El Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades. De lo anterior que es posible que el Estado establezca limitaciones, bajo la modalidad de prohibiciones que restrinjan el acceso a determinados agentes económicos y que se deriven de la necesidad de promover la libre iniciativa privada (Sentencia C-815 de 2001).*

A su vez, el principio de colaboración entre particulares y el Estado para la consecución de fines públicos indica que el contratista es coadyuvante de la consecución del fin público y no adversario de la entidad estatal bajo el supuesto que "La actividad del cocontratante debe tender a facilitar el cumplimiento de esos "fines" por parte del Estado; pero no es necesario que el cocontratante

*cumpla, ejecute o realice, personal o directamente dichos "fines"; basta con que contribuya a que ello sea posible. No se trata de una substitución del Estado por el administrado para el cumplimiento de las funciones o fines a cargo de aquél, sino una mera colaboración del administrado con el Estado para que éste cumpla dichas funciones" (Marienhoff, 1998).*

De igual forma el principio de colaboración sirve de sustento para limitar el régimen de responsabilidades, deberes y obligaciones contractuales, bajo el entendido de que existan deberes que el sujeto activo deba cumplir para hacer posible el cumplimiento de lo que el sujeto pasivo se ha comprometido a realizar.

Así también, los principios de eficiencia, economía y celeridad propios de la función administrativa, encuentran su desarrollo práctico dentro del proceso de contratación estatal en *"los procedimientos de selección del contratista, los cuales deberán efectuarse siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo algunas excepciones contempladas de manera expresa en la ley"*(Rodriguez Plata, sf).

En conciliación con lo anterior, el principio de transparencia rige dos aspectos importantes, la selección del contratista en cuanto a la posibilidad de conocer y controvertir los informes, conceptos o decisiones que se adopten (Ley 80, artículo 24, 1993) y la precisión en los requerimientos del pliego de condiciones que garantice al contratista conocer integralmente las "reglas de juego". El principio de eficiencia se traduce en el logro del máximo rendimiento con los menores costos en términos económicos, es

decir, que dentro del proceso de contratación estatal se debe propender por la adecuada gestión de los recursos financieros de los que dispone la entidad estatal, con una adecuada planeación del gasto que se oriente a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad, sin olvidar que *"la eficiencia entraña un plus en relación a la eficacia. Mientras ésta alude, en lo que a la actuación administrativa se refiere, a la idoneidad de los medios que la Administración adopta en aras a la consecución de los fines que le son propios, la eficiencia exige que entre medios igualmente idóneos (eficaces) se opte por aquellos que menores costes generen; podría decirse, por lo tanto, que eficacia es igual a eficacia al menor coste posible"* (Jinesta, sf).

El principio de economía en la contratación estatal *"constituye una orientación para que el cumplimiento de los fines del Estado se proyecte buscando el mayor beneficio social al menor costo"* (Sentencia C-649, 2002), es decir, *"exige al administrador público el cumplimiento de procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable"*(Sentencia de Enero 31, 2011).

Dicho principio invita a la necesaria eficiencia en el manejo de los recursos de las Administraciones al aminorar los costos de la contratación, mediante la utilización de los procedimientos mínimos o esenciales para el desarrollo del proceso contractual, *"con el fin de evitar trámites innecesarios que fuera de su costo, también incentivan prácticas corruptas, con el ánimo de facilitar el acceso de*

*la mayor cantidad de competidores eliminando las posibles «barreras» que impidan la participación de la mayor cantidad de posibles contratistas” (Moreno Molina, 2007).*

Y el principio de celeridad *“comporta la indispensable agilidad en el cumplimiento de las tareas a cargo de entidades y servidores públicos para lograr que alcancen sus cometidos básicos con prontitud, asegurando que el efecto de su gestión se proyecte oportunamente en la atención de las necesidades y aspiraciones de sus destinatarios”*(Sentencia T-731, 1998) y tiene como efecto práctico en la contratación *“la rapidez en el diseño de pliegos de condiciones y términos de referencia, en su estudio y toma de decisión, así como en el cumplimiento de las obligaciones contractuales”*(Procuraduría General de la Nación, 2004)

Ahora bien, el principio de publicidad *“se refiere a que las actuaciones de la administración pueden ser conocidas por cualquier persona, aún más cuando se trata de actos de la administración que lo afectan directamente. Se exceptúan de la regla general aquellos casos en donde las disposiciones legales especialmente no permiten la publicidad”* (Sentencia T-187, 1993).

Dicho principio como pilar de un Estado democrático se justifica en la medida en que: *“La democracia, presupone la existencia de una opinión pública libre e informada(...). La publicidad es una condición de legitimidad, que activa el principio de obligatoriedad de la norma jurídica, pues es principio general de derecho que nadie puede ser obligado a cumplir las normas que no conoce”* (Sentencia C- 646, 2000), para el caso, los requerimientos técnicos y especificidades

que la entidad estatal exige en el pliego de condiciones; se manifiesta entonces, en el proceso de contratación estatal como la regla general para las actuaciones de las entidades estatales de forma que se hace de público conocimiento, pues debe tenerse en cuenta además de la garantía que representa al contratista, la posibilidad de la ciudadana de ejercer control sobre la contratación que se adelanta.

Continúa la moralidad como principio constitucional que orienta la contratación estatal, la cual "recibe el carácter jurídico demarcado que le confiere el sistema de ser medio de interpretación y susceptible de aplicarse normativamente, por obra del legislador o del juez; en este último caso, en defecto de norma (fuente subsidiaria) del principio jurídico se extraerá la regla para el caso concreto, esto claro, adicional al carácter superior que se le confiere por ser norma constitucional"(Amaya Olaya, 2004).

Se manifiesta dicho principio en el "comportamiento del servidor público respetuoso de las formalidades y finalidades del bloque de legalidad y de los parámetros que se avienen de los principios, valores y normas de nuestro ordenamiento jurídico" (Sentencia C-649, 2002) y se sustenta en el concepto de interés general que constituye el fin de los principios de la función pública (Villamizar Shiller, 2006).

Al interior de la contratación estatal el principio de moralidad exige una actuación ética de los servidores de la entidad estatal que se ajuste a los demás principios de transparencia, celeridad, economía, buena fé, de forma que mantenga un ambiente de seguridad y confianza en la

relaciones de los particulares con el Estado cuando intereses económicos confluyen.

Por su parte el principio de responsabilidad en la contratación estatal habla de las cargas jurídicas que las partes del contrato estatal poseen; la entidad estatal tiene "la obligación de reparar el daño que nace a cargo del deudor y a favor del acreedor por la violación o incumplimiento de obligaciones nacidas del contrato y la exigencia de que reduzca el margen de riesgo que todo contrato estatal posee con la elaboración de todos los estudios y diseños requeridos, y la expedición de pliegos de condiciones y la celebración de contratos que contengan normas claras y precisas," (Arenas Charum y Jaramillo, 2002).

El contratista tiene la obligación de "diligencia en lo que respecta a la elaboración de la oferta, puesto que los posibles desajustes o errores imputables a su conducta, generan responsabilidad de éste frente a la entidad contratante, y eximen a ésta de futuros reajustes por desequilibrios en la ecuación financiera del contrato" (Arenas Charum y Jaramillo, 2002)

La responsabilidad *"es el mecanismo de defensa con que cuenta el particular que participa en la contratación, para exigir la tutela de sus derechos vulnerados o amenazados y lograr que se reemplace la prestación o prestaciones que no efectuó la Administración, por el reconocimiento y pago de una indemnización que lo ubique en la situación patrimonial que habría tenido de haberse dado estricto cumplimiento al contrato"*(Arenas Charum y Jaramillo, 2002).

Más aún, el principio de planeación en la contratación estatal consiste en que la celebración, ejecución y liquidación de los contratos no sea producto de la improvisación, sino que obedezca a un orden lógico y secuencial. Consiste en la elaboración de *"unos adecuados estudios previos, la verificación oportuna de la necesidad que existe en la entidad, el análisis de las distintas alternativas que existen para satisfacerla, la verificación de las condiciones y precios del mercado, etc., que determinen el éxito de los procesos de selección y de la ejecución del contrato"* (Pino Ricci, 2010).

Y finalmente el principio de selección objetiva del contratista refiere la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, al ser este aquel que teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos o términos o en el análisis previo a la suscripción del contrato, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, por lo cual surge *"la obligación de someter a todos los oferentes y sus propuestas a las mismas reglas del pliego de condiciones"* (Sentencia Abril 14, 2010).

### 3. Fines de la contratación

La contratación estatal además de orientarse por los principios legales y constitucionales anteriormente señalados, se rige por unos fines específicos que debe seguir para entenderse ajustado al ordenamiento jurídico; es el ingrediente teleológico que justifica la realización de contrataciones por parte de la administración para la consecución de objetivos específicos.

La ley 80 de 1993, estatuto para la contratación estatal señaló en su artículo tercero como fines: cumplir los cometidos del Estado, prestar continua y eficientemente los servicios públicos, garantizar la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y finalmente cumplir una función social, lo anterior encausado a la defensa del interés general, de forma que *"el contratista no sólo se vinculara al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, sino y, en especial, a la concreción de dicho interés que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, asunto que se impone al contratista, con los poderes especiales y exorbitantes del Estado, vinculado al cumplimiento de los tales fines"* (Sentencia C- 932, 2007).

Fines que a continuación se exponen:

#### ***Cumplir los cometidos del Estado***

Con la realización de un contrato estatal se busca que la entidad estatal cumpla el cometido que a ella se le ha endilgado de forma que como engranaje del sistema jurídico funcione eficientemente en la prestación de bienes y

servicios en *"el carácter instrumental del contrato al propender por el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho"* (Sentencia C-713, 2009).

Dichos objetivos se encuentran contemplados en el artículo segundo de la Constitución Política que reza:

servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Constitución Política de Colombia, artículo 2, 1991)

A su vez esta finalidad está directamente asociada al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos *"instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas"* (Sentencia C-713, 2009).

### ***Prestar continua y eficientemente los servicios públicos***

Ahora bien, la prestación de servicios públicos como fin específico de la contratación estatal se presenta en la medida en que *"son única y exclusivamente las necesidades de interés general que los gobernantes de un país dado y en un momento dado, han decidido satisfacer por el procedimiento*

*del servicio público*"(Jezé, 1949) con la colaboración de los particulares puesto que el Estado no cuenta con los recursos técnicos y financieros para la gestión eficiente de los mismos. Al respecto señala la Corte Constitucional:

"[...] tales servicios son inherentes a la finalidad social del Estado, pues contribuyen al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población [...] pero el Estado siempre tendrá la regulación, el control y la vigilancia de estos servicios [...]"

Y es que, *"la importancia de los servicios públicos, se basa en que contienen el elemento fundamental del Estado moderno, que es esencialmente el concepto de cierta función social radicada en cabeza de los gobernantes, materializada a través de su prestación eficiente a los gobernados"*(Duguit, 1975), por lo cual se justifica *"la intervención de los particulares en la prestación de los servicios, por medio de los contratos que celebran con la Administración, la cual participa, a través de la vigilancia de las actividades públicas, con el propósito de lograr que sean suministradas de manera eficiente, regular, y continúa por los contratistas"* (Hernandez Blanquissett, 2000).

Finalmente se rige la prestación del servicio público por los principios de igualdad y obligatoriedad que se caracterizan por:

En materia de servicios públicos dependerá del grupo al que se le esté prestando el servicio, es decir, se debe aplicar trato igual entre iguales, se impone una tarifa de conformidad con el grupo social, con el propósito de evitar injusticias cobrando los mismos precios en diferentes conglomerados.

Y la Administración Pública, está obligada a proporcionar el eficiente funcionamiento del servicio, para este fin, debe ejercer una vigilancia continua sobre la prestación del servicio, garantizando a los usuarios su normal actividad.

***Garantizar la efectividad de los derechos e intereses de los administrados:*** soporte de la cláusula de caducidad.

La caducidad del contrato estatal encuentra soporte en la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, como forma o instrumento de asegurar el cumplimiento del objeto contractual y salvaguardar el interés general que está inmerso dentro del proceso contractual.

En otras palabras, el legislador facultó a las entidades estatales contratantes en la dirección y control de la ejecución del contrato estatal para salvaguardar el estricto cumplimiento del fin contractual, amenazado por la paralización o la afectación grave debido al incumplimiento de las obligaciones del contratista (Arango, 2004); es solo la necesidad de asegurar el cumplimiento del contrato lo que justifica la existencia de la caducidad a favor de la entidad.

De lo anterior que, la Administración, como parte del negocio jurídico estatal, con el cual se persigue la satisfacción de las necesidades, carencias, exigencias y requerimientos de los asociados, se encuentre en una especial posición de mando (*imperium*) del contrato, privilegiada o de superioridad jurídica, que se caracteriza por el reconocimiento de poderes exorbitantes para controlar y

dirigir el contrato, interpretarlo, modificarlo (ius variandi), terminarlo o caducarlo unilateralmente con sujeción a la ley, mediante la expedición de actos administrativos que vinculan jurídicamente a su cocontrante, prerrogativas consagradas para la tutela del interés público insito en los contratos celebrados por ella (Sentencia Noviembre 20, 2008).

Por otra parte, esta garantía de derechos e intereses reclama la colaboración de los particulares para la consecución del fin asignado, a partir de formas asociativas de participación en el proceso contractual como la Unión Temporal y el Consorcio que hacen posible debido a las exigencias propias de los objetos contractuales la participación contributiva del sector privado.

Y finalmente el contrato estatal **Cumple una función social**, como "primer mecanismo por medio del cual los ciudadanos pueden colaborar con las entidades estatales en el logro de sus fines, esto es, a través de la celebración de contratos estatales con la Administración Pública" (Concepto 32, 2004).

#### 4. Estatuto general de la contratación estatal y normas complementarias

Como en líneas precedentes se ha mencionado el régimen de contratación estatal en Colombia está contenido en la Ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y el Decreto 0734 de 2012; sin embargo por tratarse de un fenómeno tan complejo dentro del

ordenamiento jurídico, se encuentra regulado también por las normas que a continuación se relacionan:

Tabla 1. Estatuto general de la contratación

Normativa	Aporte Principal
Constitución Política de 1991	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Principio de buena fe (artículo 83)</li> <li>✓ Responsabilidad patrimonial del Estado en la contratación (artículo 90)</li> <li>✓ Principios de la función administrativa (artículo 209)</li> <li>✓ Libre iniciativa privada en la contratación (artículo 333)</li> <li>✓ Servicios públicos inherentes a la finalidad del Estado (Artículo 365)</li> </ul>
Decreto 855 de 1994	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de contratación directa.</li> </ul>
Ley 816 de 2003	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Estimula la participación de la industria colombiana en la contratación estatal para la oferta de bienes y servicios</li> </ul>
Decreto 327 de 2002	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Exigencia de publicación de contratos estatales en el Diario Único de Contratación Pública o en la Gaceta Oficial de la entidad</li> </ul>
Ley 598 de 2000	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Crea el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE): tiene como función garantizar la articulación, eficiencia, eficacia de los procesos contractuales, y evitar duplicidades. Herramienta de vigilancia de la gestión fiscal de la administración pública y de los particulares o entidades que manejan recursos públicos</li> <li>✓ el Catálogo Único de Bienes y Servicios (CUBS): conjunto de códigos, identificaciones y estandarizaciones, entre otros, de los bienes y servicios de uso común o de uso en obras que contratan las entidades estatales para garantizar la transparencia de la actividad contractual en cumplimiento de los fines del Estado</li> <li>✓ y el Registro Único de Precios de Referencia (RUPR), de los bienes y servicios de uso común en la administración pública: índice estandarizado de los precios para bienes y servicios, identificados por código, según tipo, clase, subclase, grupo y atributos que conforman el CUBS</li> </ul>
LEY 1474 de 2011	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de</li> </ul>

	<p>corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. (ESTATUTO ANTICORRUPCION)</p>
Decreto 1477 de 1995	<p>✓ Diario Único de Contratación Pública</p>
Ley 190 de 1995	<p>✓ preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa</p> <p>✓ publicar en sitio visible de las dependencias de la respectiva entidad, una vez al mes, en lenguaje sencillo y asequible al ciudadano común: 1) una relación singularizada de los bienes adquiridos y los servicios contratados, 2) el objeto y el valor de los mismos, 3) su destino y el nombre del adjudicatario, y 4) las licitaciones declaradas desiertas</p>
Decreto 2150 de 1995	<p>✓ suprime y reforma algunas regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública.</p>
DECRETO 0019 DE 2012	<p>✓ Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.</p>
Decreto 2681 de 1993 modificado por la ley 185 de 1995	<p>✓ Reglamenta parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación anexa a las mismas</p> <p>✓ Autoriza operaciones de endeudamiento interno y externo de la nación, como operaciones para el saneamiento de obligaciones crediticias del sector público</p>
Ley 222 de 1995	<p>Define:</p> <p>✓ Registro de Proponentes. Es un registro de creación legal, en el cual se inscriben todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, con las entidades del Estado</p> <p>✓ Registro Mercantil. Este documento legal, expedido por la Cámara de Comercio, hace parte, por lo general, de los requisitos esenciales en un proceso de contratación</p> <p>✓ Persona natural. Son personas, todos los individuos de especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición</p> <p>✓ Persona jurídica. Son sujetos o entidades diferentes a las personas naturales que por ficción jurídica están en capacidad de ejercer derechos, contraer obligaciones y ser representadas judicial y extrajudicialmente</p> <p>✓ Régimen común. Según el Estatuto Tributario,</p>

	<p>a este régimen pertenecen las personas jurídicas y sociedades de hecho que vendan o presten servicios gravados con IVA</p> <p>✓ Grandes contribuyentes. Según el artículo 562 del Estatuto Tributario, son grandes contribuyentes aquellas empresas que cuentan con un volumen de operaciones importantes; así mismo, dentro de su actividad realicen un recaudo que los hacen responsables o agentes retenedores</p>
Ley 734 de 2002	<p>✓ Se entenderá como una falta grave el no cumplimiento de los deberes [de la contratación] , y cuando se afecte el patrimonio del Estado, aquella que produzca de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa</p>
Decreto 624 de 1989	<p>✓ establece la ley relativa a los impuestos administrados por la DIAN y o es el punto de partida para la construcción de las obligaciones contenidas en el componente financiero de un pliego de condiciones</p> <p>✓ Régimen tributario Consorcios y Uniones Temporales</p>
DECRETO 0734 DE 2012	<p>✓ Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones</p>
Ley 1151 de 2008	<p>✓ Por el cual se establecen los lineamientos generales de la Estrategia de Gobierno En Línea de la República de Colombia, se reglamenta parcialmente la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones</p>

Fuente: Bejarano Roncancio, Jhon (2009): *Fundamentos de contratación pública para proyectos sociales en alimentación y nutrición*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C

#### 4.1 Valoraciones jurisprudenciales y análisis del fenómeno en el ámbito administrativo.

Finalmente, una vez se estudió de manera general la contratación estatal, se presenta una recopilación jurisprudencial de los asuntos más importantes dentro del fenómeno investigado.

##### a) El régimen de contratación estatal:

La Ley 80 de 1993, se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado en su relación con los particulares que percibe la necesidad de éstos para el cumplimiento de sus fines, estableciéndose entonces una relación de derecho económico que requiere así mismo de criterios de igualdad, entre dos de sus actores más importantes, esto es, el Estado y el particular empresario, uno como garante de la prestación de los servicios públicos y el otro como propietario o facilitador de los bienes necesarios para la prestación de tales servicios y que ve en las necesidades del Estado otro campo de inversión del cual puede derivar beneficios económicos. La ley 80 de 1993, que pretendió ser el estatuto único de contratación, constituye un conjunto de disposiciones que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista y la regulación que del contrato mismo hace es meramente excepcional, según surge de lo previsto en los artículos 13 y 40 de dicha norma, que establecen claramente que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma ley, así como, que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales (Sentencia Octubre 20 , 2005).

##### b) Aplicación de los principios constitucionales y legales a la contratación estatal:

Independientemente del procedimiento de selección del contratista que la ley ha establecido, según cada caso, existen muchos y variados principios de linaje constitucional y legal que informan la actividad contractual como función administrativa que es, los cuales, además, cumplen la función de

incorporar en el ordenamiento positivo los valores éticos que deben orientar cada una de las actuaciones que adelantan las entidades del Estado.(...)La Carta Suprema en su artículo 209 ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de igualdad, de moralidad, de eficacia, de economía, de celeridad, de imparcialidad y de publicidad, razón por la cual en la medida en que la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa, necesariamente deben aplicársele estos mismos principios, sin perjuicio de muchos otros que también forman parte del texto constitucional y que revisten enorme importancia en relación con las actividades de las entidades del Estado.

c) Finalidad contrato estatal:

Para el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses y necesidades colectivas, se requiere el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos, lo cual se obtiene bien con la colaboración de los particulares ora de las propias entidades que integran la administración pública, mediante la contratación de los mismos, de manera que "...el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz..." (Sentencia Octubre 3, 2007)

d) La Conciliación en la contratación estatal:

En materia contractual, las entidades públicas a las que se refiere el artículo 2 de la ley 80 de 1993 y sus contratistas están facultados para solucionar sus conflictos a través de la conciliación, (art. 68 L 80/93), y las autoridades no podrán prohibir la utilización de tales mecanismos (art. 69). Por lo tanto, no es la naturaleza del contrato la razón para que un asunto sea susceptible de conciliación sino que es el asunto en conflicto el que determina si hay lugar a utilizar mecanismos alternativos de solución, como es en este caso la conciliación. Para ello debe determinarse que el conflicto sea de carácter particular y contenido patrimonial (Sentencia Marzo 15, 2006)

e) La Acción popular y el contrato estatal:

La jurisprudencia tiene establecida la procedencia de la acción popular cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo sea un contrato estatal, toda vez que -como ya se indicó- se trata de un instrumento procesal principal y autónomo que sin duda se constituye en instituto idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante. De manera que la contratación estatal en tanto compromete intereses colectivos de diversa índole (moralidad, patrimonio público, entre otros) es pasible de ser estudiada en sede popular (Sentencia Julio 31, 2008)

f) Obligaciones tributarias en la contratación:

"Se exige a quienes deseen contratar con el Estado, que estén a paz y salvo en materia tributaria, pues constituye una inhabilidad para contratar con el Estado, el ser deudor moroso del mismo" (Sentencia Agosto 11, 2005).

## CAPÍTULO II:

### LA CADUCIDAD ADMINISTRATIVA

Culminado el análisis jurídico de la contratación estatal, se aborda a continuación y dentro de la ejecución del contrato, la caducidad administrativa, ápice de esta investigación.

La caducidad administrativa es una institución jurídica compleja que comporta una mixtura de elementos esenciales que limitan su naturaleza jurídica y función dentro del proceso contractual; así por ejemplo solamente en el Estatuto de Contratación Estatal, admite tres acepciones: la primera en

el artículo 14 del estatuto el cual la contempla como *medio que puede utilizar la entidad estatal para el cumplimiento del objeto contractual*; la segunda como cláusula excepcional al derecho común y la tercera en el artículo 18 como estipulación contractual en virtud de la cual se termina y liquida el contrato estatal.

De igual forma la doctrina ha entendido la caducidad administrativa como una *"facultad administrativa para dar por terminado un contrato"* (Mojica Cortes, 2007); como una *"medida excepcional y subsidiaria de la entidad estatal cuando quiera que se configure un incumplimiento"* (García Ramírez, sf), como sanción por el incumplimiento de las obligaciones del contratista (Arango, 2004), como *"prerrogativa excepcional e irrenunciable ante hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones del contratista"* (Portela Perdomo, 2011) y finalmente como una *"cláusula excepcional"* (Cuartas, 2006).

Por su parte la jurisprudencia igualmente ha estudiado el alcance conceptual de la caducidad administrativa, al concebirla como *"prerrogativa o privilegio del Estado para terminar un contrato donde él es parte cuando el contratista ha desplegado conductas o ha habido circunstancias que, impiden el cumplimiento eficaz y adecuado del objeto contractual"* (Sentencia T-569 , 1998); como *"prerrogativa que corresponde a la administración contratante por virtud de las cláusulas exorbitantes"* (Sentencia Diciembre 14 , 1993), o como *"potestad que le ha sido otorgada a la Administración en consideración a la salvaguarda que tiene ella del interés general como principio fundamental de la actividad"*

*contractual que finalmente tiene a su cargo, y por la cual debe velar"* (Sentencia Marzo 17, 2010).

En resumen, se extraen elementos comunes de cada acepción que permite formular y solamente con un fin académico, una definición general de la caducidad administrativa en la medida en que bien sea facultad, prerrogativa, privilegio, potestad o medida, se engloba en el poder, igualmente excepcional, especial o exorbitante de la administración para dar por terminado un contrato estatal en ejecución y en razón al incumplimiento de las obligaciones del contratista para salvaguardar el interés general que se pudiera afectar; aspectos que a continuación se abordaran.

## 5 Naturaleza jurídica

Corolario de lo anterior, precisar la naturaleza jurídica de la caducidad administrativa conlleva a determinar elementos esenciales a ella.

### a) De carácter unilateral:

La caducidad administrativa puede ser declarada únicamente por la entidad estatal contratante en razón a la facultad legal a ella conferida, y en el entendido de que *"el Estado debe brindar protección al interés general y a los recursos del tesoro a través de la dirección y el control de los contratos que celebra en beneficio precisamente de la colectividad"*(Mojica Cortes, 2007) para *"salvaguardar el interés general y la continua satisfacción de las necesidades de la sociedad"*(Garcia Ramirez, sf).

Así también, en relación con este carácter, la declaratoria de caducidad no exige el consentimiento o aprobación del contratista, no obstante la notificación que de esta decisión se le comunica y las concertaciones previas entre la entidad y el particular que busquen subsanar las falencias que se presentan en la ejecución del contrato y que vislumbran un potencial incumplimiento y el derecho de defensa del contratista como expresión del debido proceso que irradie la declaratoria. Señala el Consejo de Estado: *"Es la potestad que tiene la Administración Pública para terminar unilateralmente un contrato y ordenar su liquidación"*(Sentencia Marzo 27 , 1996), *"pues se encuentra inmersa en las formas de terminación unilateral, dentro del régimen de cláusulas excepcionales"*(Concepto 1293, 2000).

b) En la ejecución del contrato:

La caducidad administrativa no puede ser declarada en cualquier momento del proceso contractual, sino que, so pena de nulidad del acto administrativo e indemnización, exige un momento especial para su aplicación.

Como regla general esta facultad concedida por el legislador a la administración sólo puede utilizarse *"mientras esté vigente el contrato y no cuando el plazo haya vencido, ya que una de las limitaciones que afectan su ejercicio, es precisamente el elemento temporal"* (Sentencia Septiembre 13, 1999), en otras palabras, *"dicha declaratoria sólo puede producirse durante la ejecución del contrato, no con posterioridad a su terminación, por la elemental razón de que no existe vínculo jurídico para hacer cesar(...)"* (Rico Puerta, 2007).

Sin embargo, este límite temporal a la declaratoria de caducidad del contrato estatal no ha sido siempre tan claro, toda vez que dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado se presentaron dos posiciones que marcaban un límite diferente para la declaratoria; En la primera, era viable la declaratoria de caducidad dentro del plazo de ejecución del contrato y excepcionalmente en el plazo de liquidación pero con el ánimo de hacer exigible la cláusula penal, so pena de nulidad del acto, al sostener que:

(...)La exorbitancia que puede ejercer la administración presenta, como lo ha dicho la jurisprudencia, límites temporales. Así, no podrá terminar o caducar el contrato, interpretarlo o modificarlo después de su vencimiento, so pena de que el acto quede afectado de nulidad. Excepcionalmente la administración podrá declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato (cosa que pudo hacer durante la vigencia de éste, bien para imponerle multa al contratista o para caducarlo) luego de su vencimiento, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal. (Sentencia Abril 9, 1992)

Sin embargo, en la segunda posición jurisprudencial se abandonó el plazo de ejecución como límite temporal de la caducidad y se determinó que era posible declararla luego de vencido dicho plazo y durante la etapa de liquidación del contrato estatal, toda vez que en este momento se podía determinar realmente el incumplimiento, al exponer que:

Así las cosas, la declaratoria de caducidad deber ser realizada dentro del plazo para la liquidación del contrato. Puesto que al expirar el plazo para la ejecución, la administración puede conocer el real cumplimiento del contrato, pudiendo sancionar al contratista en el plazo para la liquidación, habida cuenta que aún no se ha extinguido el

vínculo contractual y que aún "existe" la potestad de autotutela para declarar su incumplimiento (Sentencia Septiembre 13, 1999).

Finalmente, se adoptó como límite temporal la etapa de ejecución del contrato estatal como la oportunidad indicada para la declaratoria de la caducidad, por la naturaleza jurídica de este poder exorbitante y el fin que persigue, al retomar la posición inicial de la jurisprudencia. (Sentencia Noviembre 20, 2008)

c) Mediante acto administrativo motivado

La declaratoria de la caducidad del contrato estatal se da mediante acto administrativo motivado, el cual debe observar para su expedición los límites señalados expresamente por el legislador, entre ellos:

En cuanto a la oportunidad que el legislador prevé para que la potestad excepcional se ejercite "durante la ejecución del contrato", es decir, el legislador implícitamente limita la facultad excepcional sólo para esa etapa. O, cuando prevé "dispondrá la terminación anticipada del contrato", lo cual supone que éste no ha terminado; En relación con su finalidad, pues el ejercicio de la potestad excepcional tiene por fin evitar que las discrepancias conlleven a la paralización o la afectación grave del servicio a su cargo. En cuanto a los requisitos, la ley exige la concertación previa, pues la facultad unilateral sólo puede ejercitarse "si no se logra acuerdo"; "si previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo". Por consiguiente, es presupuesto necesario para el ejercicio de la facultad excepcional el agotamiento de proceso que busque el consenso de las partes. (Concepto Diciembre 14, 2000)

La entidad estatal *"una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, y mediante la expedición de acto administrativo motivado en el cual declarará el incumplimiento y además la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro"*(Herrera Robles, 2010).

Aunado a lo anterior, debe expresarse en el acto administrativo las causas que dieron lugar a la declaratoria de caducidad con arreglo a los hechos que configuran el fundamento de la decisión, sin olvidar que ellos no pueden presumirse, puesto que la simple afirmación del incumplimiento no constituye motivación suficiente. Toma importancia la motivación de la decisión, ya que la entidad con posterioridad no podrá alegar causales distintas a aquellas que quedaron plasmadas en el acto administrativo (Palacio Hincapié, 2005).

Luego entonces, debe expresarse de *"manera clara y sin que haya duda de ello, los distintos hechos y circunstancias, cuya autoría le es atribuida al contratista, que configuran el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, soportados al menos en pruebas sumarias"* (Mojica Cortes, 2007).

d) En razón a un incumplimiento esencial de las obligaciones del contratista que paralice el contrato:

De conformidad con la ley 80 de 1993, artículo 18 se declara la caducidad del contrato estatal cuando "se configure (i) un incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista, (ii) se afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y, finalmente, (iii) se presente una parálisis del contrato a causa del referido incumplimiento" (García Ramírez, sf).

Dicho incumplimiento debe darse sobre una o varias obligaciones esenciales del contrato que impidan la consecución del objeto contractual sin que medie el incumplimiento de las obligaciones de la entidad estatal, puesto en ese caso, se puede impugnar el acto administrativo que declaró la caducidad y reclamar las indemnizaciones pertinentes, a través de la figura de "excepción de contrato no cumplido" (Arango, 2004).

Por tal razón debe la entidad verificar que el incumplimiento paralice el contrato, ya que de lo contrario puede "adoptar otras medidas de intervención para asegurar el cumplimiento diferente al poder resolutorio para apremiar a su colaborador privado a la ejecución del objeto contratado" (Escobar Gil, 2003).

e) Que ordena la terminación del contrato y su liquidación sin indemnización al contratista:

Finalmente es esencial a la naturaleza de la caducidad administrativa, que se ordene la terminación del contrato y se liquide lo cual trae como consecuencias:

(...) inhabilidad para el contratista conforme a lo establecido en el artículo 8°, numeral 1° literal c) de la ley 80 de 1993 por el término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la decisión, constituyendo una verdadera *capitis deminutio* para quien habitualmente tiene dentro de su objeto social, la contratación con el Estado y surge la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. (Herrera Robles, 2010)

6 Causales para la declaratoria de la caducidad del contrato estatal

6.1 Incumplimiento grave obligaciones del contratista

Por tratarse de una facultad excepcional de la entidad estatal sujeta al principio de legalidad que rige la actuación de la administración, y atendiendo al objeto que justifica su existencia, la declaratoria de caducidad del contrato estatal necesariamente se encuentra delimitada a situaciones específicas - de tiempo y motivación- dentro de la ejecución del contrato para la legalidad de su aplicación, en conciliación con lo expuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado la cual enseña que:

Las prerrogativas que corresponden a la administración contratante por virtud de las cláusulas exorbitantes, se deben ejercer, dentro del término contractual -, vale decir, en Vigencia del contrato, concepto que incluye tanto el plazo original como los adicionales. Este razonamiento es lógico si se considera, siguiendo a Escoal, que "el poder de sancionar a su contratante que tiene la administración es una potestad", y

no un 'derecho'..." motivo que justifica "... la necesaria particularidad de que puede ser ejercido en forma directa y unilateral por ella.... imponiendo las sanciones que a su juicio correspondan para mantener el cumplimiento del contrato..." lo cual "...no significa que sea un poder ilimitado, sino que está sujeto, al contrario, a ciertos requisitos y restricciones que lo restringen a extremos razonables". Tratándose, pues, de una "potestad", o lo que es lo mismo, de una atribución de competencias cuya razón de ser es la de "mantener el cumplimiento del contrato" y no simplemente de un derecho de la administración, como podría suceder en un contrato de derecho privado de ésta, surgen con claridad las obvias limitaciones a que se sujeta el ejercicio de las prerrogativas exorbitantes de la administración; limitaciones que constituyen una aplicación simple del principio de legalidad administrativa, el cual, para un adecuado equilibrio entre el ejercicio de la autoridad y el de la libertad, ha dotado a la primera de prerrogativas y de sujeciones y a la segunda de derechos y deberes. (Sentencia Diciembre 14 , 1993)

Bajo el anterior entendido, la Ley 80 de 1993 contempló como causal general para la declaratoria de la caducidad en su artículo 18, la situación en la cual se *"presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización"* (Ley 80, 1993), es decir que no se trata solamente del simple incumplimiento de las obligaciones sino de la consecuencia que esto cause: la afectación grave y directa de la ejecución del contrato que conlleve a paralizarlo.

Para determinar la configuración de los hechos constitutivos de incumplimiento que motiven la declaratoria de caducidad del contrato estatal debe atenderse a lo siguiente:

En primer lugar la entidad estatal debe tener claro que *"el contrato estatal mismo es ley para las partes (Artículo 1602 del C.C.) y por ello, debe acudirse a lo allí pactado para efectos de predicar que, efectivamente, el contratista incurrió en el incumplimiento de sus obligaciones"* (Procuraduría delegada para la contratación estatal, 2010), es decir que dependiendo de las obligaciones que se hayan pactado y aquellas que son inherentes al tipo de contrato estatal que se haya suscrito, se desprenderán los hechos constitutivos de incumplimiento. Así por ejemplo en los contratos de obra pública *"la obligación de ejecutar la obra se entiende cumplida por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto (...) de manera que el incumplimiento del contrato de obra, puede darse por la inejecución del objeto debido, por haberse retardado su cumplimiento, y también por la ejecución imperfecta (art. 1614 CC), que se presenta cuando el trabajo realizado no haya sido el adecuado o la obra no se ajuste a los términos del modelo trazado en el título, con las características correspondientes a las exigencias técnicas y profesionales del desempeño"*(Sentencia Abril 15, 2004).

Por consiguiente, la ejecución de prestaciones que no se ajustan al contrato constituye un verdadero incumplimiento del mismo y genera la responsabilidad del contratista.

En segundo lugar constituye un hecho de incumplimiento que la obligación no se haya desarrollado en el plazo determinado para la misma, toda vez que: *"Cualquiera sea el tipo de contrato que celebre la administración dispone de un plazo*

*limitado en el tiempo de acuerdo a su objeto, puesto que puede asumirse como un negocio jurídico a plazo fijo, dentro del cual el contratista debe cumplir con su obligación principal (construir la obra, entregar los suministros, etc.) y la administración podrá ejercer sus potestades sancionatorias (multas, caducidad y cláusula penal) frente al incumplimiento del contratante”(Sentencia 13 de Septiembre, 1999).*

Luego entonces, debe recordarse que el contrato estatal *“tiene dos plazos: uno para la ejecución y otro para la liquidación y que no tiene jurídicamente el mismo alcance las expresiones contrato vencido y contrato extinguido, toda vez que frente al primero la administración tiene la potestad para exigir las obligaciones a cargo del contratista y evaluar su cumplimiento, la extinción del contrato por el contrario, se configura cuando éste ha sido liquidado”(Sentencia Septiembre 13, 1999).*

Por lo anterior constituye hecho de incumplimiento, los retrasos, demoras, dilaciones en la ejecución de la obligación que no sean ajenas a su voluntad por razón de fuerza mayor o imprevisibilidad bajo el supuesto que:

La fuerza mayor determina la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista. En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato. Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque

tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado (Sentencia Noviembre 10, 2005).

Pero los anteriores hechos constitutivos de incumplimiento no darán paso a la declaratoria de caducidad si su indefectible consecuencia no es la afectación de manera grave y directa de la ejecución del contrato que pueda conducir a su paralización, a contrario sensu, un incumplimiento parcial de las obligaciones del contrato no necesariamente debe acarrear la resolución, sino que puede la entidad estatal adoptar medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado (Escobar Gil, 2003).

Es decir, que no cualquier incumplimiento o error por parte del contratista en la ejecución del contrato configura la declaratoria de la caducidad, más aún cuando es preciso que la entidad contratante haya cumplido a cabalidad sus obligaciones, so pena de operar la excepción de contrato no cumplido, que exime de responsabilidad al contratista.

Ahora bien, junto a este incumplimiento esencial de las obligaciones del contratista, existen otras causales que motivan la declaratoria de caducidad del contrato estatal, ya no por el incumplimiento sino por distintas situaciones que surgen, las cuales se exponen a continuación.

## 6.2 Colaboración con grupos al margen de la ley

Esta causal se encuentra contemplada en la Ley 418 de 1997, artículos 90, 91, 92, 93, 94 y 95 modificados por la

Ley 782 de 2002 según la cual el Gobierno podrá declarar la caducidad o decretar la liquidación unilateral de todo contrato celebrado por una entidad pública, cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato y en relación con los grupos armados organizados al margen de la ley, en cualquiera de las siguientes causales:

- ✓ Ceder injustificadamente ante las amenazas proferidas por dichos grupos.
- ✓ Recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a tales grupos o colaborar y prestar ayuda a los mismos.
- ✓ Construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de dichos grupos.
- ✓ Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de dichos grupos.
- ✓ Incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichos grupos, conocidos con ocasión del contrato. (Ley 418, 1997)

Igualmente contempla que la declaratoria de caducidad por esta causal *"deberá proferirse mediante resolución motivada de la entidad contratante, haciendo efectivas la cláusula penal y las multas contractuales a que hubiere lugar. Dicha resolución prestará mérito ejecutivo contra el contratista y las personas que hayan constituido las respectivas garantías y se hará efectiva por jurisdicción coactiva"*(Ley 418, 1997). Aplica también para los subcontratistas del contratista, quien deberá terminar unilateralmente los subcontratos.

### 6.3 Por alcances fiscales

Esta causal se contempla en la Ley 610 de 2000 en su artículo 61 según la cual como consecuencia de la declaración de la responsabilidad fiscal del contratista *"las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado"* (Ley 610, artículo 61, 2000). De igual forma, según el decreto 0734 de 2012 *"la garantía de cumplimiento cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable a los particulares, derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado por la garantía"* (parágrafo, artículo 5.1.4).

### 6.4 En materia de contratos de concesión para minería

Finalmente como causal de caducidad, La ley 685 de 2001 en su artículo 112 contempló causales propias y exclusivas respecto del contrato estatal de concesión en materia de minas las siguientes:

- a) La disolución de la persona jurídica, menos en los casos en que se produzca por fusión, por absorción;
- b) La incapacidad financiera que le impida cumplir con las obligaciones contractuales y que se presume si al concesionario se le ha abierto trámite de liquidación obligatoria de acuerdo con la ley;
- c) La no realización de los trabajos y obras dentro de los términos establecidos en este Código o su suspensión no autorizada por más de seis (6) meses continuos;

d) El no pago oportuno y completo de las contraprestaciones económicas;

e) El omitir el aviso previo a la autoridad para hacer la cesión del contrato;

f) El no pago de las multas impuestas o la no reposición de la garantía que las respalda;

g) El incumplimiento grave y reiterado de las regulaciones de orden técnico sobre la exploración y explotación minera, de higiene, seguridad y laboral, o la revocación de las autorizaciones ambientales necesarias para sus trabajos y obras;

h) La violación de las normas sobre zonas excluidas y restringidas para la minería;

i) El incumplimiento grave y reiterado de cualquiera otra de las obligaciones derivadas del contrato de concesión;

j) Cuando se declare como procedencia de los minerales explotados un lugar diferente al de su extracción, provocando que las contraprestaciones económicas se destinen a un municipio diferente al de su origen. Lo anterior, sin perjuicio, de las acciones legales que procedan en contra del concesionario y de los funcionarios públicos que con su conducta promuevan estos actos. (Codigo de Minas, Artículo 112, 2001).

Contempla también un procedimiento exclusivo para la declaratoria de la caducidad en estos contratos, en donde señala que:

La caducidad del contrato, en los casos en que hubiere lugar, será declarada previa resolución de trámite en la que, de manera concreta y específica, se señalen la causal o causales en que hubiere incurrido el concesionario. En esta misma providencia se le fijará un término, no mayor de treinta (30) días, para que subsane las faltas que se le imputan o formule su defensa, respaldada con las pruebas correspondientes. Vencido este término se resolverá lo pertinente en un plazo máximo de diez (10) días. Los funcionarios que dejaren vencer este plazo serán sancionados disciplinariamente como responsable de falta grave (Codigo de Minas, artículo 288, 2001).

7. Trámite administrativo para declarar la caducidad del contrato estatal

La declaratoria de la caducidad de un contrato estatal debe sujetarse al principio del debido proceso administrativo y por tanto seguir un procedimiento previamente señalado que permita ejercitar el derecho de defensa del contratista y esté debidamente motivado, como condiciones de legalidad del acto; en otras palabras *"cuando la Administración pretenda declarar la caducidad de un contrato debe adelantar un procedimiento en el que se le permita a la parte afectada ejercer su derecho de defensa, que como mínimo consiste en requerir al contratista para que cumpla el contrato"*. Al respecto el Consejo de Estado ha precisado que:

*"los límites materiales para el ejercicio de la potestad de declarar la caducidad de un contrato estatal son: (i) el incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del contratista (lo cual excluye el incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes); (ii) que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato (esto es, no basta el sólo incumplimiento sino que éste debe ser de tal magnitud que haga nugatorio el cumplimiento de las prestaciones del contrato); (iii) que evidencie que puede conducir a su paralización (es decir, que tenga la virtualidad de impedir el cumplimiento del objeto contractual); (iv) que no medie un incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública o ésta no haya puesto al contratista en situación de incumplimiento, y (v) que su aplicación esté precedida de audiencia del contratista, puesto que el ejercicio de tamaño poder de la Administración, que la sitúa en una posición privilegiada o de superioridad (potentior personae), debe respetar los derechos constitucionales al debido proceso y las garantías que el comprende, en especial, el derecho de defensa de los afectados con esta medida de excepción (art. 29 C.P.)"*  
(Subrayado fuera del texto) (Sentencia Marzo 17, 2010)

Sin embargo esto no implica que la entidad contratante se vea forzada a adelantar un procedimiento previo-posición de la que se aparta esta tesis-, pues como señalo la Corte Constitucional en Sentencia T-569 de 1998 que:

Aun cuando se ha identificado la declaración de la caducidad de los contratos como una sanción para el contratista, no por ello se puede deducir que su aplicación esté condicionada al agotamiento de un procedimiento previo en el que se debata entre la administración y el contratista la necesidad, viabilidad y fundamentos de su imposición. En síntesis, de conformidad con la jurisprudencia transcrita, constituyen las razones por las cuales no se requiere el agotamiento de un procedimiento previo para el ejercicio de la potestad excepcional de declarar la caducidad del contrato, las siguientes: (i) La finalidad misma de la medida que busca que ante el incumplimiento grave de las obligaciones del contratista que impiden lograr el objeto del contrato, se deba actuar con rapidez por la administración para terminarlo en procura de garantizar el interés general que en él se involucra y evitar así una lesión o daño a la comunidad; (ii) su naturaleza no disciplinaria, tributaria o de otra índole que exigen una forma de observancia del debido proceso; (iii) su configuración mediante hechos objetivos que debe alegar y demostrar el ente estatal en el correspondiente acto administrativo; (iv) el seguimiento previo por parte de la entidad en relación con la ejecución del contrato (visitas, informes, etc.) que permiten la comprobación de los hechos que dan lugar a la misma y que ha contado con la intervención del contratista, con lo cual se satisface el principio de la audiencia previa del mismo y su previo conocimiento y participación en la decisión; y, (v) el contratista siempre podrá discutir el acto administrativo ante la propia administración o ante la jurisdicción. (Sentencia Noviembre 20, 2008)

Se exige, entonces, la aplicación del debido proceso dentro de las actuaciones administrativas previas al decreto de caducidad, pues, siendo una medida de gran trascendencia, que implica no sólo la terminación anticipada del contrato, sino la inhabilidad por cinco años para contratar con el Estado, no se puede tomar en forma sorpresiva para el

contratista a quien debe brindársele la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales y contradecir las imputaciones de incumplimiento que se le hacen por la administración, sin perjuicio de los recursos administrativos y las acciones judiciales que pueda presentar (Sentencia Marzo 17, 2010).

Sin embargo desde el criterio de esta investigación si se hace necesario adelantar un procedimiento previo a la adopción de la caducidad del contrato, en el que: se le dé la oportunidad al contratista de conocer y expresar previamente sus opiniones, o sea, con audiencia del interesado de conformidad con el artículo 29 superior y como garantía de los derechos de defensa y contradicción; y toda vez que el carácter sancionatorio que reviste la declaratoria de caducidad implica que no se tome de manera sorpresiva para el contratista y se le brinde la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales, so pena de que cuando no se le ha dado a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento (requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas, avisos por faltantes, etc.), se comprometa la legalidad de la medida (Sentencia Marzo 17, 2010).

Como sustento de la necesidad de dicho procedimiento que se identifica en este punto, se presenta como ejemplo el litigio entre SCANOGRAFIA NEUROLOGICA LIMITADA y el ISS por la declaratoria de caducidad del contrato estatal suscrito por las partes motivada en el incumplimiento de los plazos pactados, y las innumerables prorrogas concedidas, en el cual se condena a la entidad a resarcir el perjuicio causado por

ejercitar dicho poder exorbitante sin la sujeción al debido proceso, toda vez que no adelantó un procedimiento previo que permitiera al contratista ejercitar su derecho de defensa y conocer los hechos constitutivos de incumplimiento que la entidad alegaba, en lo que el Consejo de Estado consideró:

Salta a la vista que la contratista fue sorprendida con la terminación unilateral del contrato sin fórmula de juicio, esto es, sin que hubiera sido escuchada previamente en el procedimiento administrativo que debió adelantar el ISS para valorar la conducta de incumplimiento que se le atribuyó y que dio lugar a la adopción de la caducidad de su contrato y a la imposición de la sanción que ello implica. Esto hace que el proceder de la administración no se ajuste al procedimiento mínimo exigido por la jurisprudencia para cumplir con la disposición del artículo 29 de la Carta Política, lo que implica que con ello desconoció y vulneró el debido proceso de la actora y fundamentalmente su derecho de defensa (Sentencia Marzo 17,2010).

Lo anterior por cuanto: "la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual (...)tiene los siguientes alcances: [i] ser oído antes de que se tome la decisión; [ii] participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; [iii] ofrecer y producir pruebas; [iv] obtener decisiones fundadas o motivadas; [v] recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; [vi] tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; [vii] controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; [viii] obtener asesoría legal; [viii] tener la posibilidad de intentar mecanismos

contra las decisiones administrativas" (Sentencia Marzo 17, 2010).

Igualmente el litigio suscitado entre Jaime Hernández Torres y Ferrovías (hoy Ministerio de Transporte) por la declaratoria de la caducidad del contrato estatal suscrito entre las partes motivada en el incumplimiento del resultado esperado de la obra; se condenó a la entidad estatal a indemnizar al contratista toda vez que no adelantó un procedimiento previo con audiencia del afectado que permitiera ejercitar su derecho de defensa, en lo que el Consejo de Estado ha considerado *indisponible* en razón a que:

(...) carece de justificación que la caducidad se pudiera declarar sin audiencia del afectado, o sin adelantar un procedimiento previo, aduciendo que el art. 17 sólo alude a las multas y a la cláusula penal (...) ya que 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. (Sentencia Junio 23, 2010)

Lo anterior, en razón a que "en el modelo de Estado actual ya no basta el qué o el cuánto de las cosas, sino el cómo de ellas, lo cual se garantiza con el procedimiento administrativo debido, es decir con un reforzamiento de la racionalidad procedimental: el procedimiento administrativo permite el análisis de los intereses envueltos en el caso concreto y la elaboración de razones que fundamentan la decisión final". (Sentencia Junio 23, 2010)

Todo lo cual lleva a afirmar que de realizarse un procedimiento previo ajustado al debido proceso que permita el ejercicio del derecho de defensa del contratista, evitaría el perjuicio causado al contratista, a la confianza en la administración por parte de los particulares, al patrimonio público con el pago de la indemnización y la desnaturalización de la figura de la caducidad administrativa.

#### 7.1 oportunidad

La oportunidad que tiene la entidad contratante para declarar la caducidad del contrato se circunscribe a la ejecución del contrato, es decir mientras subsistan las obligaciones contractuales y mientras se pueda evitar un agravio al interés general por la posibilidad de que el contrato estatal se paralice, lo que excluye la etapa de liquidación del contrato en la cual el contrato se extingue como oportunidad para decretar la sanción.

Al respecto expresa el Consejo de Estado:

La caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre éste vigente, y no durante la etapa de la liquidación, teniendo en cuenta: en primer lugar, los elementos de su definición legal; en segundo lugar, la finalidad de protección del interés público de esta medida excepcional; en tercer lugar, que la etapa de liquidación del contrato no está concebida para la adopción de la caducidad del contrato; y en cuarto lugar, que el hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo

previsto en el contrato para ejecutarlo (...) (Sentencia Noviembre 20, 2008)

Por consiguiente, *"la declaratoria de caducidad de un contrato por fuera del plazo de ejecución pactado en el contrato resulta ilegal, porque si dicho plazo ha finalizado, en ese estado, obviamente, es imposible que se presente la afectación grave y directa a su ejecución y la paralización del mismo exigida en la ley para su procedencia"*(Sentencia Noviembre 20, 2008)

## 8 Efectos de la caducidad en el proceso de contratación estatal y régimen de responsabilidad

Con la declaratoria de caducidad del contrato, como acto administrativo que extingue relaciones jurídicas, se produce la terminación del contrato estatal por incumplimiento en las obligaciones del contratista e inmediatamente se da apertura al proceso de liquidación del mismo en el estado en que se encuentre, sin el pago de indemnizaciones o perjuicios al contratista.

Así también produce la configuración del siniestro del incumplimiento que hace exigible las garantías de forma que el contrato siga en ejecución y no se paralice en razón a la declaratoria y por tanto la efectividad de la cláusula penal que autoriza a la entidad estatal al cobro de la suma allí establecida, toda vez que el acto en cuestión constituye el

titulo ejecutivo a favor de la entidad. En este sentido reglamentó el decreto 0734 de 2012 según el cual: "*además de la declaratoria de caducidad, [la entidad estatal en el acto administrativo] procederá a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro*" (artículo 5.1.13.1); Igualmente ocasiona la inhabilidad del contratista para participar en el proceso contractual por el lapso de 5 años, contados a partir de la ejecutoria del acto, y básicamente produce la pérdida de los derechos que emanaban del contrato estatal.

Respecto a los efectos de la caducidad el Consejo de Estado ha dicho:

Es incuestionable que la caducidad de la manera como está concebida en la ley tiene un carácter sancionatorio para el contratista incumplido, además del resarcitorio representado en el cobro de la cláusula penal pecuniaria cuando ella se hubiere pactado (Sentencia Septiembre 24, 1998).

En igual sentido expresó:

La declaratoria de caducidad en el régimen general del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, tiene los siguientes efectos: i) La entidad contratante podrá tomar posesión de la obra o continuar inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien, a su vez, se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. ii) No habrá lugar a indemnización para el contratista. iii) Será constitutiva del siniestro de incumplimiento. iv) Habrá lugar a hacer efectivo el cobro de la cláusula penal pecuniaria pactada. v) La liquidación del contrato en el estado en que se encuentre. vi) Implica para el contratista la inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas durante cinco (5) años (actualmente prevista en el art. 8° letra c) de la Ley 80 de 1993 y antes en el numeral 2° y parágrafo del artículo 8

del Decreto - ley 222 de 1983) (Sentencia Noviembre 20, 2008).

Frente a este último aspecto precisa el Consejo de Estado que:

En efecto, se ha insistido en que la caducidad es una sanción delicada por la inhabilidad que conlleva para el contratista y que le impide contratar con las entidades del Estado por el término de cinco (5) años, y que su exceso constituye un atentado contra la buena fe (art. 83 C.P), de suerte que la Administración debe ser muy cuidadosa al adoptarla, so pena de indemnizar los perjuicios que se prueben (Sentencia Octubre 14 , 1999).

Por tal razón si llegase a declararse la nulidad de la declaratoria de caducidad el Consejo de Estado afirma que: *"es legítimo el derecho a reclamar perjuicios y ellos son procedentes como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de caducidad, por los efectos que ésta produjo (la inhabilidad para contratar con entidades públicas), mientras tuvo el atributo de la presunción de legalidad"* (Sentencia Marzo 18, 2004).

Ahora bien, respecto de los efectos de la caducidad del contrato cuando el contratista es una persona jurídica ha dicho la Corporación:

Cuando a una sociedad se le declara la caducidad de un contrato estatal, recae sobre ella la inhabilidad establecida en el literal c) del numeral 1° del artículo 8° de la ley 80 de 1993, cualquiera que sea la clase de sociedad; y en cuanto a los socios, la inhabilidad recae sobre los socios de las sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, no sobre los socios de las sociedades de capital, de acuerdo con lo dispuesto por el literal i) del mismo numeral del citado artículo, el cual, por referirse a inhabilidades e incompatibilidades para contratar, tiene carácter taxativo." "La

responsabilidad de los miembros de los consorcios, así como la que adquieren quienes conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, es solidaria por expreso mandato de la ley. Así lo ordena el artículo 7° numeral 1 de la ley 80, al cual remite el parágrafo 3° de la misma norma. Dicha responsabilidad solidaria se genera por las actuaciones, hechos y omisiones relacionados con las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato." (Concepto Mayo 17, 2001).

En cuanto a la responsabilidad de la entidad estatal contratante por la declaratoria de caducidad del contrato esta se presenta cuando como consecuencia de un proceso de controversia contractual se declara nulo el acto administrativo que contenía la decisión y se condena a la administración al resarcimiento de los perjuicios causados, cuando por ejemplo declara la caducidad a pesar que el incumplimiento se debe a circunstancias que le son imputables a la Entidad, razón por la cual el acto puede ser anulado con los consecuentes perjuicios para la Administración y para sus funcionarios.

Al respecto el Consejo de Estado señala:

En los casos en que se presenta la anulación del acto administrativo que dio lugar a la declaratoria de caducidad, por encontrarse que fue ilegal la actuación de la administración (por falsa motivación, desviación de poder, etc.), la sala estimó que el actor tiene legítimo derecho a reclamar perjuicios y ellos son procedentes como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de caducidad, por los efectos que ésta produjo (la inhabilidad para contratar con entidades públicas), mientras tuvo el atributo de la presunción de legalidad. Este resarcimiento de los daños causados es procedente "siempre y cuando, desde luego, exista prueba suficiente de los perjuicios alegados... por el uso indebido de la potestad unilateral de la administración" (Sentencia Marzo 18, 2004).

Se predica igualmente responsabilidad del funcionario de la entidad estatal contratante que decretó la caducidad sin que existiera incumplimiento por parte del contratista, por lo cual se ve obligado a indemnizar no sólo por los perjuicios causados al contratista, derivados de la inejecución o ejecución defectuosa del contrato, sino también a la Administración (Mojica Cortes, 2007). Cuando el contratista se siente afectado por la actitud del funcionario puede demandarlo ante la jurisdicción contenciosa, o conjuntamente con la Entidad y ésta es obligada a pagar el monto de los perjuicios que se establezcan en el fallo pero, a su vez, debe la entidad estatal repetir contra el funcionario, cuando dicha condena se origina por la conducta dolosa o gravemente culposa de éste, para lo cual también puede llamarlo en garantía (Palacio Hincapié, 2005). Igualmente, le asiste responsabilidad a la administración cuando frente a los hechos configurativos de incumplimiento de las obligaciones del contratista que afecten la ejecución del contrato no declara la caducidad del contrato o solo toma las medidas de requerimiento al contratista, con un actuar negligente y pasivo que ocasiona perjuicios al interés público y se aleja de los principios y fines que rigen el proceso contractual.

Y es responsabilidad de la administración contribuir en la ejecución del contrato estatal, al cumplir a cabalidad las obligaciones que tiene en virtud de la naturaleza del contrato.

9 Derecho de defensa: entidad contratante-particular contratista ( carga de la prueba)

En virtud del principio del debido proceso administrativo, el contratista tiene a su favor la excepción de contrato no cumplido, cuya oportunidad se presenta antes de la declaratoria de la caducidad y la acción contenciosa de controversias contractuales para solicitar la nulidad del acto administrativo que declaró la caducidad y por tanto el resarcimiento de los perjuicios causados.

Por su parte la entidad estatal contratante tiene a su favor la presunción de legalidad del acto administrativo que declara la caducidad y la inversión de la carga de la prueba dentro de la acción contenciosa de controversias contractuales, toda vez que es el contratista quien debe probar la ilegalidad de la caducidad y la no observancia a los principios de contradicción y debido proceso administrativo.

9.1 Excepción de contrato no cumplido y acción contenciosa de controversias contractuales

La excepción de contrato no cumplido como impedimento para la declaratoria de la caducidad del contrato estatal *"entraña hechos que impiden o extinguen el derecho pretendido por la parte que demanda el cumplimiento de una o varias prestaciones en su favor, y cuya contra parte se encuentra en mora de satisfacer. Así, del incumplimiento de las obligaciones de una parte, se impide la satisfacción de las prestaciones de otra, lo cual, conduce a que la primera no*

*pueda alegar el incumplimiento de las obligaciones de la segunda"* (Portela Perdomo, 2011).

Emana del postulado de buena fé que rige el proceso contractual y que exige la reciprocidad y el equilibrio en la ejecución de las obligaciones adquiridas por las partes, *"Así se asegura en los contratos sinalagmáticos [como el contrato estatal] el equilibrio de intereses entre las partes; se realiza el principio de simetría contractual derivado de la reciprocidad y correlación de los compromisos surgidos de las relaciones bilaterales, y se atiende a las consecuencias que en el mecanismo de tales convenciones tienen el principio de buena fe, la noción de causa y la de móviles del acto jurídico"* (Sentencia T- 537, 2009).

En términos generales esta excepción *"permite a la parte contratista no ejecutar su obligación mientras su cocontratante no ejecute la suya"* (Larroumet, 1993), puesto que *"en una relación de reciprocidad bilateral no es posible demandar el cumplimiento de una prestación por la parte que se encuentra en mora de cumplir su prestación correlativa"* (Portela Perdomo, 2011).

Sin embargo es importante resaltar que no cualquier incumplimiento de alguna de las obligaciones del contrato por parte de la entidad estatal soporta esta excepción, sino que al tenor de lo señalado por el Consejo de Estado debe ser un incumplimiento cualificado, es decir, un incumplimiento esencial del contratante que genere, **una razonable imposibilidad de cumplir** las obligaciones por parte del contratista. Al respecto ha considerado:

El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una razonable imposibilidad de cumplir para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. No basta, pues, que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí deje de cumplir con sus deberes jurídicos (Sentencia Enero 31, 1991).

Lo que significa que es solamente la falta cualificada de la administración, que imposibilite al contratista cumplir con las obligaciones contraídas, la que rompe el equilibrio contractual y la reciprocidad inmersa en el contrato sinalagmático, y por tanto configura la excepción mencionada.

Agrega el Consejo de Estado que:

Dicha cualificación corresponde al juez, evaluando las particularidades de cada caso a fin de determinar si debido al incumplimiento de la administración era razonable que se apelara a la lógica de la exceptio adimpleti contractus, para apartarse del deber de cumplir las prestaciones debidas (Sentencia Enero 31, 1991).

De forma que "la excepción en estudio, opera sólo cuando por razones de orden material y jurídico, se imposibilita la realización de la prestación debida que recoge la máxima de nadie está obligado a lo imposible- y que habilita la validez de la excepción del contrato no cumplido" (Portela Perdomo, 2011), puesto que "ni el pago de intereses moratorios o compensatorios, ni ninguna otra condena al pago de daños, puede cubrir la imposibilidad de cumplimiento." (Sentencia Enero 31, 1991).

Así las cosas, las causas que configuran la excepción del contrato no cumplido, restringen la declaratoria de caducidad y por tanto "(...) la imposibilidad para la administración de ejercitar los poderes exorbitantes que dependen del incumplimiento del contratista" (Sentencia Marzo 15, 2001). Todo lo anterior permite afirmar que la excepción de contrato no cumplido constituye un medio de defensa del contratista que incumple.

Así también, el contratista tiene como medio de defensa judicial frente a la declaratoria de la caducidad del contrato, la acción contenciosa de controversias contractuales como la pertinente para obtener la nulidad del acto de caducidad de un contrato y su declaratoria de incumplimiento y las condenas consecuenciales de estas decisiones, toda vez que *"los actos contractuales son los que se expiden por la entidad pública contratante como consecuencia de la ejecución de un contrato y durante el desarrollo del mismo, los cuales deben controlarse, por consiguiente, a través de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo"*(Sentencia Mayo 2, 2007).

La acción de controversias contractuales se puede dirigir para *"que se declare la existencia, nulidad o incumplimiento de un contrato, las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, su revisión y al pago de perjuicios y condenas de todo orden derivadas de la ejecución de un contrato estatal"* (Sentencia 12775, 2000) exigiendo la existencia del contrato estatal, sin importar su perfeccionamiento.

Presenta como termino de caducidad, la acción de controversias contractuales "2 años a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento" (Sentencia 12775, 2000).

Sin embargo debe tenerse en cuenta que de conformidad con "el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el cual instituyó la realización de una audiencia de conciliación ante el Ministerio Publico, como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de controversias contractuales, el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 y el Decreto 1716 de 2009 indican que la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el termino de caducidad de la acción, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio "o" hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley "o" hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la misma ley "o" hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, "lo que ocurra primero"(Sentencia Mayo 9, 2011).

Valga la pena distinguir esta acción de la acción in rem verso, como medio procesal relacionado con situaciones contractuales, al aclarar que "aquellas actividades que realizan los particulares para la administración pública y que debieron enmarcarse en una relación contractual pero que no se hicieron, pueden orientarse por la vía de la reparación directa siempre y cuando se den los presupuestos de la teoría del enriquecimiento sin causa: un enriquecimiento de la parte beneficiada; un correlativo empobrecimiento de la parte

*afectada; una relación de causalidad y la ausencia de causa jurídica. En tanto que cuando el contrato existió así no se haya perfeccionado, ese acuerdo de voluntades como convenio jurídico celebrado, puede derivar responsabilidad de la administración por la vía de la acción de controversias contractuales" (Sentencia 12775, 2000).*

9.2 Presunción de legalidad e Inversión de la carga probatoria

Ahora bien, la entidad estatal tiene a su favor y como respaldo del acto administrativo que declara la caducidad, la presunción de legalidad del acto de forma que desde su expedición se entiende ajustado al ordenamiento jurídico y por tanto de obligatorio cumplimiento hasta tanto no se demuestre alguna causal de nulidad que elimine dicha presunción. Es justamente por lo anterior, que en el proceso de la acción contenciosa de controversias contractuales la carga de la prueba se invierte, es decir, no debe la administración probar la legalidad del acto, pues este se presume, y sí debe el contratista probar su ilegalidad o invocar la excepción de contrato no cumplido.

### Capitulo III

10. LA CADUCIDAD EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN ESTATAL: Un análisis desde los lineamientos del Estado Social de Derecho

A lo largo de esta investigación se estudiaron los aspectos generales de la caducidad en el proceso de

contratación estatal con el ánimo de conocer sus alcances dentro de la teoría jurídica actual y crear un escenario teórico de reflexión desde el modelo de Estado contemplado en la Carta Política, útil para el derecho contractual de la administración.

Inmerso en el proceso de contratación estatal se encuentra el régimen jurídico de exorbitancia de la administración que contempla prerrogativas concedidas a la entidad estatal contratante para proteger el interés general involucrado en el contrato, el cual se ajusta al principio de legalidad y al ejercicio de la función administrativa en desarrollo de la facultad de vigilancia y control del negocio jurídico estatal.

Por ello la administración se encuentra en una especial posición contractual de *imperium* para controlar, interpretar, modificar o dar por terminado unilateralmente el contrato mediante la expedición de actos administrativos de carácter particular. Dicho régimen de exorbitancia deriva del carácter público del negocio jurídico estatal, el cual no puede ignorarse por el desarrollo de la relación contractual, aun más cuando la existencia de las prerrogativas se justifica en el cumplimiento de la función pública y la garantía de continuidad de los servicios públicos.

Aunado a lo anterior, el régimen de exorbitancia, propio del contrato estatal, involucra facultades excepcionales al derecho privado que rompe con el principio de igualdad de las partes por la finalidad específica del negocio jurídico estatal, sin que ello implique una discrecionalidad absoluta de la administración toda vez que se sujeta a límites

materiales y temporales, al principio del debido proceso, expresión del Estado Social de Derecho y al control judicial de los actos que desarrollan la exorbitancia que evita la arbitrariedad en el proceso contractual.

Es así como los poderes exorbitantes son excepcionales, irrenunciables por estar inmersos en normas de orden público, de interpretación restrictiva pues son sancionatorios y como potestades definidas en la ley y delimitadas para su aplicación, de manera que "el ejercicio de un poder excepcional en un contrato celebrado por la Administración requiere de una consagración y determinación legal en relación con su modalidad, competencia, contenido, requisitos y condiciones de viabilidad, so pena de ilegalidad del acto en el que ella aplique un poder no conferido por la legislación que pueda afectar a su colaborador cocontratante" (Sentencia Noviembre 20 , 2008).

Es decir que se traduce en el ejercicio del poder público de seguimiento, control y vigilancia; en restricción a la libertad negocial de los contratos que involucran la administración por el interés general que subyace; y en expresión del principio de legalidad pues su ejercicio se da en el marco de la juridicidad de la función administrativa.

Bajo esta línea de pensamiento, se contempla el régimen de exorbitancia como el medio que puede utilizar la entidad contratante para el cumplimiento de los fines y el objeto contractual que evite la afectación o paralización del negocio jurídico y que asegure su inmediata ejecución a través de interpretación, modificación o terminación

unilateral del contrato celebrado, este último con la declaratoria de caducidad.

La caducidad administrativa se concibe como un instituto jurídico del proceso contractual que se ajusta a los principios de la contratación estatal y responde a los fines esenciales del Estado como garantía de efectividad de los derechos de los administrados y la prestación continua de los servicios públicos. Es una facultad excepcional de la administración para dar por terminado unilateralmente el contrato estatal en ejecución por el incumplimiento de las obligaciones del contratista que amenace la paralización del contrato que impida la consecución del objeto contractual y por tanto vulnere el interés general insisto en la contratación.

A su vez, la caducidad extingue el negocio jurídico estatal sin indemnización alguna para el contratista y priva a este de los derechos concedidos por el contrato al tiempo que por tratarse de una sanción genera consecuencias resarcitorias a cargo del contratista y presenta como principales efectos, la posibilidad de que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe la ejecución del contrato a través del garante o de un tercero calificado para la labor; la configuración del siniestro de incumplimiento; la liquidación del contrato y la aplicación de la cláusula penal.

Esta figura contractual comporta como características del régimen de exorbitancia ser inalienable, irrenunciable e intransmisible y autónoma, por lo cual no existe la necesidad

de acudir a la jurisdicción en razón al interés público que se pretende proteger.

Bajo ese entendido, la legitimidad de la caducidad se soporta en la prestación continua y sin dilaciones de los servicios públicos y del objeto contractual que persigue el cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción eficiente de las necesidades públicas, puesto que sería inútil el poder de dirección y control que tiene la entidad estatal sobre la ejecución del contrato si correlativamente no tuviera la potestad sancionatoria frente al incumplimiento.

Es de carácter potestativo por cuanto la entidad estatal puede tomar medidas coercitivas distintas que no terminen unilateralmente el contrato, siempre que no se esté frente a un inminente incumplimiento que paralice el contrato, en atención a las consecuencias sancionatorias de la caducidad, en especial a la inhabilidad que genera al contratista incumplido por 5 años para la celebración de contratos; y por tanto de carácter excepcional, toda vez que no puede utilizarse como regla general para solucionar los inconvenientes que surgen dentro del proceso contractual en materia de cumplimiento de obligaciones.

Es un acto administrativo particular que modifica una relación jurídica, cual es la relación contractual entre la entidad estatal contratante y el particular contratista, y extingue los derechos en cabeza de este último que emanaban del contrato estatal.

Obedece específicamente al principio del debido proceso administrativo según el cual, no podrá declararse la caducidad del contrato estatal sin el desarrollo previo de una etapa de requerimientos y amonestaciones que en virtud del deber de intervención, control y vigilancia por parte de la entidad estatal, insten al contratista a corregir sus actuaciones y por tanto a dar cumplimiento a sus obligaciones en las condiciones pactadas en el contrato. Y a su vez este principio permite el ejercicio del derecho de contradicción del contratista frente a la declaratoria de caducidad, en vía gubernativa con el recurso de reposición para que se reconsidere la decisión adoptada y en vía judicial con la acción de controversias contractuales para la nulidad del acto administrativo que aplicó la caducidad y la excepción de contrato no cumplido, que exonera de responsabilidad al incumplimiento del contratista por la mora en las obligaciones de la entidad estatal contratante.

Encuentra sus límites temporal en la oportunidad que tiene la administración para la expedición del acto administrativo puesto que solo en el plazo de ejecución del contrato estatal se puede declarar la caducidad en atención a su único fin, cual es evitar que el contrato estatal no se ejecute y por tanto se afecte el interés general, de forma que en el término de liquidación del contrato, es decir en la etapa poscontractual, donde ya están los efectos del incumplimiento, no es posible declararla, al ser su carácter preventivo y no "curativo".

No obstante lo señalado, si la entidad estatal contratante descubre el incumplimiento cuando ha concluido el plazo de

ejecución del contrato, puede declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista-poder que excluye la declaratoria de caducidad- para hacer efectiva la cláusula penal y la configuración del siniestro.

Valga la pena recordar que en el contrato estatal la estipulación del plazo de ejecución, conocido desde el pliego de condiciones en la etapa precontractual de selección del contratista y adjudicación del negocio jurídico estatal, tiene una singular importancia pues la consecución del objeto contractual responde al interés general y a las necesidades públicas lo cual exige un cumplimiento oportuno que se determina según la naturaleza o tipología del contrato.

De otra parte, encuentra la declaratoria de caducidad un límite material en la existencia de un incumplimiento de las obligaciones del contratista "que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización" (ley 80 de 1993, art 14, inciso 1); en la inexistencia de incumplimiento por parte de la entidad estatal contratante de sus obligaciones; en el debido proceso que exige la oportunidad de defensa del contratista; y en la finalidad de garantizar las funciones a cargo de la entidad contratante y la prestación regular, continua y eficiente de los servicios.

Ahora bien, es cierto que la declaratoria de la caducidad del contrato estatal no es usada en adecuada forma, bien por negligencia o excesiva actuación de la entidad estatal contratante toda vez que la falta de un procedimiento reglado que señale los pasos a seguir para la aplicación de la caducidad y la ausencia de determinación legal de los hechos

específicos que constituyen incumplimiento por parte del contratista como motivación de la declaratoria, han llevado a generar problemas en torno a este instituto jurídico contractual.

Como principal ejemplo se tiene el "temor" por parte de las entidades estatales para declarar la caducidad del contrato estatal en razón a que la verificación del incumplimiento de las obligaciones del contratista en la etapa de ejecución del contrato no es necesariamente evidente, al tiempo que los principios de la contratación y el perjuicio grave que se puede causar al contratista con la declaratoria refuerzan dicho temor para ejercer esta facultad exorbitante.

Así también la exigencia a la entidad estatal de adelantar la declaratoria de caducidad en atención al debido proceso, mediante la reclamación y exhortación al contratista por la ejecución inadecuada de sus obligaciones que indican un posible incumplimiento cuya consecuencia indefectible es la paralización del contrato, y el derecho de defensa del contratista para evitar la declaratoria, terminan opacando la facultad de la entidad contratante de terminar unilateralmente el contrato.

Es por lo anterior que se hace necesario determinar un procedimiento administrativo previo a la declaratoria de la caducidad del negocio jurídico estatal que garantice la efectividad del régimen de exorbitancia y salvaguarde el interés público insito en la contratación, así como también proteja los derechos del contratista, desde la perspectiva de

colaboración de los particulares para el cumplimiento de los fines del Estado, en el modelo social de derecho.

Es desde una mirada al Estado social de Derecho, que la declaratoria de caducidad del contrato estatal debe tener un procedimiento reglado sobre las acciones previas a su ejercicio, que son imperativas adelantar por parte la entidad contratante y el particular contratista para evitar la paralización del negocio jurídico, ya que de todas maneras la terminación unilateral del contrato conlleva a la entidad contratante a tomar posesión de la obra, llamar al garante para que continúe con la ejecución o convocar a un tercero mediante un proceso de selección de contratista, todo lo cual necesariamente requerirá tiempo y por tanto suspenderá la ejecución del contrato, causando graves perjuicios a la comunidad.

Por último, la conclusión que se desprende de esa investigación es que si bien la declaratoria de caducidad en el proceso de contratación estatal es una institución efectiva de la administración que le permite controlar situaciones de incumplimiento que alteran la debida ejecución del contrato y por tanto la garantía de derechos a los administrados y la prestación continua del servicio, al terminar unilateralmente el contrato y proteger el interés general, como único fin de la contratación, debe regularse a profundidad el procedimiento administrativo sobre la determinación del incumplimiento calificado que contempla el régimen de contratación para ejercer la facultad exorbitante.

## HIPÓTESIS

Para aplicar efectivamente la caducidad administrativa en el proceso de contratación estatal por parte de las entidades públicas en Colombia, se debe replantear la formula general para declararla; describir los aspectos generales que encuadran los planteamientos de la jurisprudencia y doctrina vigente y determinar de esta manera, los principales elementos que motivan en un caso específico y bajo el análisis real de las circunstancias, la aplicación de la caducidad administrativa, con la propuesta de reglamentar el procedimiento previo que debe adelantar la entidad para proferir el acto administrativo que caduca el contrato.

## METODOLOGÍA

Diseño de estructura metodológica y aplicación de método científico a la investigación.

La investigación se encuadra en el tipo analítica descriptiva, con un marco importante de revisión de los principales planteamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes, principalmente del Consejo de Estado, en donde se pretende vincular el fenómeno objeto de estudio dentro de la estructura del ordenamiento jurídico colombiano, para generar con su investigación un amplio margen de discusión y la búsqueda efectiva de soluciones jurídicas concretas a la problemática.

En principio se procedió a realizar un examen riguroso de la normativa en materia de contratación estatal existente en

el sistema jurídico colombiano, luego se procedió a efectuar comparaciones desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial, que permitieran determinar un campo de análisis adecuado; en segundo lugar se contextualizo el instituto jurídico contractual a partir de los antecedentes encontrados, teniendo en cuenta criterios argumentativos propios.

Ahora bien, respecto del diseño de la estructura metodológica y la aplicación del método científico de la investigación, se ha optado por encuadrarla en dos componentes metodológicos básicos, en los cuales debe desarrollarse el estudio de la caducidad administrativa en el proceso de contratación estatal en Colombia, estos son:

A) Observación del fenómeno objeto de estudio: los criterios pertinentes de interpretación jurídica para la aplicación de la caducidad administrativa en el proceso de contratación estatal por parte de las entidades públicas en Colombia. Consiste en ir más allá de los preceptos, normativos constitucionales, jurídicos internacionales, de orden legal, jurisprudenciales, doctrinales, es decir, percibir el ámbito jurídico administrativo, observando que está sucediendo en el entorno real y actual, de la contratación estatal en Colombia.

b) Hermenéutica. Breve estudio de hermenéutica jurídica de la Ley 80 de 1993 la cual expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en Colombia con la jurisprudencia de las Altas Cortes y la teoría jurídica pertinente al tema objeto de la investigación, como herramienta fundamental para describir y determinar el

desarrollo de la caducidad administrativa dentro del proceso de contratación estatal en Colombia.

Por otra parte y respecto del modelo metodológico aplicado a la investigación y a la estructuración de los contenidos teóricos que desarrollaran los temas propuestos en el Índice General, se debe señalar que, es necesario cumplir tres fases fundamentales para la construcción, argumentación y demostración del cuerpo de la tesis de grado, en su orden son:

I. Concepto. Consiste en la primera fase del estudio, comprende un encuadramiento sistemático de los temas y conceptos iniciales pertinentes a la investigación; en esta parte se selecciona la literatura principal y se inicia el proceso de construcción teórica desde los principios metodológicos de cohesión y coherencia.

II. Juicio. Segunda fase del estudio; comprende la argumentación y explicación analítica de conceptos planteados - argumentación - contra argumentación-; es decir, se introduce las diferentes reflexiones y posturas del investigador, describiendo y confrontando los conceptos incluidos en la tesis y valorando desde el análisis concreto de lo que se plantea, la viabilidad y peso argumentativo de la teoría propuesta.

III. Demostración. Tercera y última fase del estudio, se enfoca en el raciocinio válido y estructurado desde el tipo de investigación a partir de la inferencia teórica con la que se concluye la investigación como el instrumento de validación de la teoría propuesta.

Por otra parte, el diseño metodológico, concretamente se ha encuadrado en el tipo de investigación jurídica, puesto que, el estudio tiene su objeto en la revisión rigurosa, profunda y analítica de las fuentes formales del derecho, los preceptos constitucionales sobre el tema, la legislación en materia administrativa y las sentencias de las altas cortes, lo que demanda principalmente la revisión y análisis bibliográfico como técnica investigativa que propone una mirada, mejora y actualización del contenido básico o fundamental de la ciencia del derecho público administrativo.

De la misma forma, es relevante la selección del método deductivo en la investigación, donde se desarrolla y enmarca el estudio, por medio de un conjunto de procesos sistemáticos y críticos que buscan cohesionar el análisis de datos, así como su integración y discusión conjunta, para realizar inferencias producto de toda la información recabada y lograr un mayor entendimiento del fenómeno bajo estudio (Hernández Sampieri y Mendoza, 2008).

Por ultimo, se han encuadrado las principales variables teóricas en el diseño de la investigación, la hipótesis, los objetivos que se buscan alcanzar y responder al problema de la investigación con soluciones teóricas que contribuyan a la ciencia del derecho administrativo y a la búsqueda de mejorar la calidad del diseño de las normas jurídicas, aportando, nuevos elementos de juicio para la declaratoria de la caducidad a los casos que se presentan y crean controversia ante la administración de justicia en Colombia, el riguroso análisis jurisprudencial que se incluye al final de cada

capítulo de esta investigación, para soportar el componente argumentativo de la tesis de grado.

## CONCLUSIONES

Finalmente se presentan las conclusiones extraídas de esta investigación, las cuales se circunscriben a la necesidad de reglamentar un procedimiento previo por parte de la entidad contratante para la declaratoria de la caducidad del contrato estatal como garantía de efectividad del debido proceso al contratista y la salvaguarda del interés público como fin perseguido.

Lo anterior ya que como se indicó en capítulos anteriores, son múltiples los escenarios de incumplimiento que se presentan en el proceso de contratación estatal que impiden en la mayoría de casos tener claridad sobre los hechos constitutivos de no cumplimiento que soportan la legalidad de la declaratoria de caducidad del contrato y que al ser infundados ocasionan condenas dinerarias a la entidad estatal en detrimento del patrimonio público.

Es justamente desde los lineamientos del Estado Social de Derecho que constituye una necesidad apremiante corregir esta situación de "oscuridad" en el ejercicio del régimen de exorbitancia dentro del proceso de contratación estatal, para satisfacer los fines del Estado y salvaguardar el interés público.

Adicionalmente se hace preciso, estudiar la caducidad administrativa como herramienta del Estado Social de Derecho

para el cumplimiento de sus fines esenciales, la prestación continua de los servicios y la garantía de protección del interés general; capacitar a las entidades estatales en el uso adecuado de la caducidad administrativa de manera que sea una prioridad evitar la paralización del contrato estatal por el incumplimiento de las obligaciones del contratista; y propiciar espacios de debate en la academia que analicen la caducidad administrativa en el proceso de contratación estatal de forma que se ajuste a la realidad contractual y cumpla de manera efectiva la finalidad que sustenta su existencia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Referencias normativas:**

Constitución Política de Colombia, artículo 2

Concepto 1293 (Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil 14 de Diciembre de 2000).

Concepto Mayo 17 (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil 2001).

Concepto Septiembre 14 (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil 2001).

Concepto 32 (Secretaría General, Alcaldía mayor de Bogotá 2004).

Código de Minas, (Congreso de la República 2001).

Dictamen de 8 de noviembre de 1976 (Consejo De Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad.1088. C.P. Samuel Arango Reyes1976).

Exposición de motivos Ley 80 de 1993 (Gaceta del Congreso No. 75 23 de Septiembre de 1992).

Ley 80 (Congreso de la Republica 1993).

Ley 418 (Congreso de la República 1997).

Ley 610, artículo 61 (Congreso de la República 2000).

### **Referencias jurisprudenciales:**

Sentencia 16 de Enero de 1975 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 16 de Enero de 1975).

Sentencia Enero 31 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 1991).

Sentencia Abril 9 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 1992).

Sentencia C-449 (Corte Constitucional 2 de Julio de 1992).

Sentencia C-575, Corte Constitucional (1992).

Sentencia Diciembre 14 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 1993).

Sentencia T-187 (Corte Constitucional 1993).

Sentencia C- 415 (Corte Constitucional 1994).

Sentencia C-544 (Corte Constitucional 1994).

Sentencia C- 053 (Corte Constitucional 1995).

Sentencia de Abril 17 de 1996, Rad. 811-1996 (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil 1996).

Sentencia del 22 de abril , Expediente 8830 (Consejo de Estado, Sección Tercera 1996).

Sentencia Marzo 27 (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera 1996).

Sentencia Septiembre 24 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 1998).

Sentencia T-569 (Corte Constitucional, Sala primera de revisión 8 de Octubre de 1998).

Sentencia T-569 (Corte Constitucional 1998).

Sentencia T-731 (Corte Constitucional 1998).

Sentencia 11194 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 15 de Febrero de 1999).

Sentencia 13 de Septiembre, Rad. 10264 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 13 de Septiembre de 1999).

Sentencia Octubre 14 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 1999).

Sentencia Septiembre 13 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 1999).

Sentencia 10399 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 3 de Febrero de 2000).

Sentencia 10963 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 15 de Junio de 2000).

Sentencia 12775 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 6 de Abril de 2000).

Sentencia 1293 (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil 14 de Diciembre de 2000).

Sentencia C- 646 (Corte Constitucional 2000).

Sentencia de Febrero 3 de 2000 (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera 3 de Febrero de 2000).

Sentencia C-892 (Corte Constitucional 2001).

Sentencia Marzo 15 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2001).

Sentencia 21588 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 7 de Marzo de 2002).

Sentencia C-649 (Corte Constitucional 2002).

Sentencia C-384 de 2003 (Corte Constitucional 13 de Mayo de 2003).

Sentencia Abril 15 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2004).

Sentencia Marzo 18 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2004).

Sentencia Agosto 11 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2005).

Sentencia Noviembre 10 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2005).

Sentencia Octubre 20 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2005).

Sentencia Marzo 15 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2006).

Sentencia Septiembre 28 de Septiembre de 2006 (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera 28 de Septiembre de 2006).

Sentencia SU -713 (Corte Constitucional 2006).

Sentencia T- 209 (Corte Constitucional 2006).

Sentencia C- 932 (Corte Constitucional 2007).

Sentencia Mayo 2 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2007).

Sentencia Octubre 3 (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo 2007).

Sentencia Julio 31 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2008).

Sentencia Noviembre 20 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2008).

Sentencia C-713 (Corte Constitucional 2009).

Sentencia T- 537 (Corte Constitucional 2009).

Sentencia Abril 14 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2010).

Sentencia Marzo 17 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2010).

Sentencia 18167 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2011).

Sentencia de Enero 31 (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera 2011).

Sentencia Mayo 9 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 2011).

Recurso de apelación Dimerco S.A. VS. Procuraduría General del Valle del Cauca, 074-5390-2006 (Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal 16 de Julio de 2010).

**Referencias teóricas:**

Amaya Olaya, U. A. (2004). "La responsabilidad patrimonial del Estado frente al derecho colectivo y el principio constitucional de la moralidad administrativa. IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo (págs. 806-811). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Arana Montoya, E. A. (sf). Regimen de la contratación estatal. Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia.

Arango, J. y. (2004). *Aplicación de las cláusulas exorbitantes en los contratos estatales regulados por regímenes especiales*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.

Arenas Charum y Jaramillo, L. C. (2002). *Análisis y recopilación de extractos de la jurisprudencia arbitral en Contratación Estatal a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.

Arenas, C. &. (2002). *Análisis y recopilación de extractos de la jurisprudencia arbitral en contratación estatal a partir de la vigencia de la ley 80 de 1993*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.

Baron Ramirez, L. P. (2010). *Cartilla para la contratación estatal*. Pereira: Universidad Libre de Colombia, Seccional Pereira.

- Bejarano Roccancio, Jhon Jairo (2009). "Fundamentos de contratación pública para proyectos sociales en alimentación y nutrición". Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C.
- Cuartas, L. y. (2006). *La ecuación económica y financiera de los contratos estatales dentro del marco de la ley de contratación pública*. Medellín: Universidad de Medellín
- Duguit, L. (1975). *Las Transformaciones del Derecho, público y privado*. Buenos Aires: Heliasta.
- Escobar Gil, R. (2003). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá D.C.: Legis.
- Gámez Vizcaíno, Javier (2001): Manual de la contratación Estatal. Ed. Legis, Bogotá D.C.
- García Ramírez, J. (sf). *Algunas reflexiones en torno a la declaratoria de caducidad en los contratos estatales*. Bogotá D.C.: ICCE.
- Gorbaneff, Yuri (2002): Contratación pública en Colombia y la teoría económica. Archivos de Economía, Dirección de estudios económicos, Departamento Nacional de Planeación.
- Hernández Blanquissett, K. (2000). *El contrato de concesión portuaria*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Hernández Sampieri Y Mendoza. (2008) "Metodología de la investigación". Mc Graw Hill, quinta edición, México.
- Herrera Robles, A. (2010). *Alcances del poder sancionatorio de las entidades públicas dentro de los contratos estatales*. Barranquilla: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Jezé, G. (1949). *Principios generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma.

- Jimenez Gil, W. (sf). *Linea jurisprudencial respecto al principio de buena fé*. Bogotá.
- Jinesta, E. (sf). *Los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las administraciones publicas*. San José de Costa Rica: Colegio de abogados, República de Costa Rica.
- Larroumet, C. (1993). *Teoría General del contrato*. Bogotá D.C.: Temis.
- Marienhoff, M. S. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III A*. Buenos Aires: Abeledo-perrot.
- Mojica Cortes, F. P. (2007). Algunos apuntes sobre la caducidad de los contratos estatales en el regimen juridico colombiano. *Revista Virtual "via inveniendi et iudicandi"*.
- Moreno Molina, J. A. (2007). *La contratación pública en los paises de la comunidad andina: un estudio comparado con el derecho de la Unión Europea*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, proyecto de cooperación UE-CAN .
- Navarro & Rivera, A. y. (2001). *Instituciones del derecho privado en la contratación estatal*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Palacio Hincapié, J. (2005). *La contratación de las entidades estatales*. Bogotá D.C.: Libreria Juridica Sanchez R.
- Pino Ricci, J. (2010). *Cartillas de Administració Pública: contratación estatal*. Bogotá D.C.: Escuela Superior de Administración Pública-ESAP-.
- Portela Perdomo, M. (2011). *Excepción de contrato no cumplido*. Bogota D.C.: Universidad de la Sabana.
- Portela Perdomo, M. (2011). *La excepción de contrato no cumplido*. Bogotá D.C.: Universidad de la Sabana.

- Procuraduría General de la Nación. (2004). *Ética pública y privada en la Contratación Estatal, compromiso de todos*. Bogotá D.C.
- Rico Puerta, L. (2007). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Bogotá D.C.: Legis.
- Rodríguez Plata, H. (sf). Aplicación de los principios de igualdad y transparencia en la contratación pública de España y Colombia. *Derechos y valores*, 74.
- Valencia Restrepo, H. (1999). *Nomoarquica, principialística jurídica o los principios generales del Derecho*. Bogotá D.C.: Temis S.A.
- Villamizar Shiller, E. A. (2006). El derecho colectivo: "moralidad administrativa" en la contratación estatal. *Estudios Socio-Jurídicos, Universidad del Rosario*, 183.
- Younes Moreno, Diego. (1996) "Curso de Derecho Administrativo". 5ª Edición. Ediciones Jurídicas. Gustavo Ibáñez.