

La declaratoria de caducidad en el contrato estatal

Diana Cristina Montoya Ospina

Universidad Pontificia Bolivariana

Nota del autor

Estudiante de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana sede Medellín, quien realizó la práctica corporativa en la Jefatura Jurídica Banca Empresas, Gobierno e Internacional de Bancolombia S.A.

El presente artículo se elaboró en el marco de la práctica corporativa bajo la dirección del docente Néstor Raúl Londoño S., y se presentó como requisito de grado.

Más información sobre el mismo se puede solicitar en:
dianamontoya_24@hotmail.com

Resumen

En el presente artículo se realiza un análisis integral de la declaratoria de caducidad en el contrato estatal a la luz del artículo 18 de la Ley 80 de 1993. Frente a este escenario si bien es mucho lo que se menciona, poco es lo que se conoce de manera cierta de cara a la normatividad vigente; este actuar de la administración es conocido de manera genérica dentro de las comúnmente denominadas cláusulas exorbitantes, no obstante, es necesario realizar un estudio detallado para comprender el impacto verdadero que este fenómeno está generando y el porqué de muchas de las problemáticas actuales que giran en torno a la contratación estatal.

En este orden de ideas el objetivo de este artículo será abarcar de manera sucinta pero completa la forma en la cual la administración valiéndose de esta potestad puede sancionar al contratista por un hacer u omitir que contradiga la finalidad de la contratación estatal, para lo cual se realizará la verificación de varios aspectos teóricos que repercuten directamente en el tema y que recaen principalmente en identificar las causales, establecer el procedimiento y dimensionar los efectos que este actuar puede generar.

Palabras Claves

Caducidad, contrato estatal, régimen de la contratación estatal, cláusulas exorbitantes, potestad sancionatoria, procedimiento, cláusula penal, siniestro, póliza de cumplimiento.

Introducción

La divergencia entre lo que implica realmente la declaratoria de caducidad en un contrato estatal y lo que a diario escuchamos en los diferentes medios de comunicación, fue la principal razón que motivó la elaboración del presente artículo. Es ambigua la concepción que se tiene de esta potestad y es confuso escuchar lo que unos y otros, en la mayoría de los casos con ignorancia manifiestan, no es claro para muchos lo que implica hablar de declaratoria de caducidad, ni mucho menos lo es comprender la situación actual del país a partir de esta realidad.

Este artículo fue elaborado en el marco de la práctica corporativa que realizó la autora en el área jurídica de Banca Empresas, Gobierno e Internacional de Bancolombia S.A., estando allí y desempeñándose como aprendiz universitaria tuvo la oportunidad de analizar de cerca esta problemática y de reflexionar sobre el impacto legal, financiero y social que trae consigo la declaratoria de caducidad en un contrato estatal.

En el desarrollo del artículo se abordara el tema a tratar de una manera precisa, clara, coherente y ordenada, buscando que el lector comprenda desde un inicio el escenario que pretende abarcar el presente estudio. En este orden de ideas se debe mencionar que el artículo inicia explicando aquellos temas fundamentales, que sirven de soporte o base de todo el trabajo, para pasar a exponer algunos asuntos que merecen más detalle y que permiten la comprensión general de la implicación que tiene la utilización efectiva de esta cláusula por parte del estado.

El aporte que este artículo ofrece, radica en mostrar de manera sencilla lo que estipula el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y su alcance a la luz de la legislación colombiana, con el objetivo de que el lector comprenda lo que implica este fenómeno en

la práctica y pueda con argumentos sólidos determinar si el actuar del estado y/o contratista es ajustado o no a la normatividad vigente. Más allá de ofrecer conocimiento técnico relacionado con la administración pública, lo que pretende este artículo es brindar herramientas estratégicas que permitan comprender el contexto del país y cuestionarse acerca de lo que está ocurriendo a nuestro alrededor partiendo de la base del derecho público.

La importancia del fenómeno estudiado recae principalmente en la falta de información de la mayoría de la población y la poca acción por parte de las entidades estatales cuando millonarias estafas realizadas por contratistas son descubiertas, escándalos como “Odebrecht”, “El Túnel de la Línea”, los llamados “Elefantes Blancos” o los múltiples escándalos que han surgido alrededor del retraso en la entrega de tramos en la obra que se conoce como “La Ruta del Sol”, son solo algunas de las más famosas problemáticas en las que se ha visto envuelto el estado en relación con sus contratistas y que parecieran no tener solución, o no al menos a corto plazo.

En la actualidad la caducidad se convierte en un instrumento imprescindible para el estado, instrumento cuyo alcance está siendo cada vez más utilizado como consecuencia de las millonarias obras adjudicadas en donde los contratistas realizan una mala administración de los recursos, anteponen intereses particulares y desbordan el encargo encomendado para causar detrimentos patrimoniales no previstos. Ahora bien, es claro el contexto en el cual nos encontramos pero cuál es entonces la normatividad vigente aplicable a estos escenarios, qué es un mito y qué es una realidad, cuál es el límite real de esta potestad estatal, que efectos trae consigo una declaratoria de caducidad... así las cosas, la importancia del presente artículo académico radica en la aproximación al

problema planteado y la enunciación de ciertos aspectos que resultan primordiales a la hora de comprender este fenómeno a la luz de la legislación colombiana.

El contrato estatal y los poderes exorbitantes del estado

El honorable Consejo de Estado, de manera reiterada, ha sostenido en sus pronunciamientos:

La caducidad del contrato es la sanción más drástica que la entidad pública puede imponer a su contratista, al entrañar el aniquilamiento del contrato y comportar para él la inhabilidad de celebrar negocios jurídicos con entidades públicas durante el período fijado por el legislador (Acción de Reparación Directa, 2012).

Como puede observarse, la jurisprudencia le ha dado el calificativo de sanción administrativa a esta manera de terminar anticipadamente la relación jurídica, denominación que presenta sustantividad como categoría jurídica y la diferencia de otras figuras de naturaleza preventiva, resarcitoria o conminatoria que se presentan cuando la autoridad administrativa hace ejercicio del ius puniendi.

En este sentido el concepto de sanción administrativa del que hace parte la caducidad debe definirse por su objeto, toda vez que se trata de un mal que impone la administración a un sujeto (en este caso contratista). Estamos entonces frente a un mecanismo de carácter coercitivo, que implica la privación de un derecho o de un bien jurídico como respuesta a la realización de un comportamiento o conducta humana en donde la reacción de la administración no es otra que la respuesta habilitada por el ordenamiento jurídico cuando se presenta un incumplimiento de una norma (incumplimiento que está tipificado como infracción administrativa) al incurrir en el desconocimiento de un deber, abusar de una situación subjetiva reconocida o incurrir en una prohibición. La sanción y la infracción deben coexistir, pues aun cuando haya

conductas prohibidas y consideradas ilegales si frente a éstas no se contempla una reacción que implique la disminución de un bien jurídico no pueden enmarcarse como ilícito administrativo.

Al respecto afirma el Ciro Norberto Guecha:

Las cláusulas exorbitantes constituyen la expresión de prerrogativas que por mandato legal se otorgan a la Administración, lo que hace que el principio de igualdad que caracteriza los contratos privados se rompa y que se le otorgue a las entidades públicas contratantes, privilegios, que le permiten desarrollar ciertas actuaciones unilaterales, con la potestad de hacerlas cumplir oficiosamente; es decir, sin necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, amparada en el principio de la ejecución oficiosa de los actos administrativos (Guecha, 2006, pág. 39).

En este orden de ideas ha de sostenerse que la caducidad es una sanción administrativa porque se pueden identificar cada uno de los elementos de la definición ofrecida:

1. Ocasiona un mal al contratista: la finalización anticipada del vínculo contractual sin que se tenga derecho a indemnización alguna, así como la generación de una inhabilidad para contratar por un término de cinco (5) años a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declaró la caducidad.
2. El mal es consecuencia de una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico: generar un incumplimiento de las obligaciones contractuales de tal

magnitud que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización.

3. Se priva al contratista de un bien jurídico consistente en alterar una posición de ventaja contractual: éste no sólo no puede finalizar el contrato sino que además no recibe indemnización por los perjuicios que la medida ocasione sobre su patrimonio. Adicionalmente, se afecta su derecho a participar en cualquier proceso selectivo y por supuesto a suscribir negocios jurídicos con entidad pública alguna.

De otra parte, la potestad sancionadora sólo se puede concebir bajo el postulado según el cual la actividad administrativa se halla supeditada al derecho ya que como lo afirma Benavides “La particularidad de las cláusulas exorbitantes no es el poder que ellas reconocen a una de las partes contractuales sobre la otra sino el régimen general de exorbitancia que ellas conllevan” (Benavides, 2004, pág. 336) y en este sentido no se trata de un poder aislado, por el contrario, cuenta incluso con fundamento en disposiciones constitucionales y se haya sometido en todo momento al principio de legalidad en los siguientes aspectos:

1. Su atribución: el sancionar en el ámbito contractual es posible porque está expresamente establecido en el ordenamiento jurídico. Ello significa que aun cuando se reconozca que a la administración se le confía parte del ius puniendi del estado, la posibilidad de su ejercicio esta supeditado a una habilitación legal expresa. Ahora bien, en el campo contractual la habilitación otorgada por el legislador puede hacerse de dos formas: a) Imponiendo forzosamente la inclusión de la caducidad (otorgándole desde el plano contractual el carácter

- de cláusula esencial) y b) condicionando su utilización a la existencia de un acuerdo de voluntades (otorgándole el carácter desde el plano contractual de cláusula accidental).
2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio: corresponde de igual manera al legislador decidir si la administración ante el supuesto de hecho descrito en la ley puede optar válidamente por declarar o no la caducidad del contrato, o lo que es igual, si la competencia otorgada tiene carácter reglado o discrecional, como lo expresan Quintero y Mutis:

La expresión literal de la norma (art. 18) permite concluir que estará en cierta medida a criterio de la entidad contratante decretar o no la caducidad, ya que la gravedad que debe calificar el grado de afectación del objeto contratado es un concepto de apreciación eminentemente subjetiva, concediéndose en realidad un grado de autonomía similar al establecido en este punto por el anterior estatuto contractual (Quintero & Mutis, 1995, pág. 49).

3. El espacio temporal en que puede utilizarse: en el ámbito sancionatorio una de las garantías más importantes reconocidas al ciudadano, es precisamente la certeza sobre el carácter temporal del uso del poder punitivo del Estado. Se trata de un presupuesto de seguridad jurídica, ya que ante la inactividad del aparato administrativo el ordenamiento jurídico prevé la pérdida de competencia para imponer el castigo e incluso para adelantar el procedimiento mismo.

4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción: la expedición de todo acto administrativo particular requiere del agotamiento de un procedimiento administrativo previo, entendido éste como el camino que debe recorrer la administración para asegurar que sus decisiones sean justas y válidas. Se trata de una de las manifestaciones más importantes del debido proceso y del derecho que tienen todos los administrados a participar activamente en la toma de aquellas determinaciones que puedan llegar a afectarlos.

Es importante señalar que no resulta extraño a la actividad administrativa que una decisión de carácter sancionatorio (como es la caducidad) vaya acompañada de medidas que no tienen tal naturaleza, aun cuando se trate de consecuencias jurídicas previstas para un mismo hecho generador. El concepto de “Sanción” no puede llegar a extenderse a todos y cada uno de los instrumentos con que cuenta la autoridad administrativa para el logro de los intereses colectivos, pues al tratarse de una manifestación propia del ius puniendi debe constituir la última ratio, por lo que no resulta apropiada su aplicación a cualquier disposición que implique la imposición de un gravamen. Así, una sanción administrativa puede estar acompañada de:

1. Medidas tendientes a restablecer el orden jurídico alterado: En este supuesto la decisión de la administración se encamina a volver las cosas al estado anterior, como se encontraban antes de que la conducta ilícita fuera desplegada. En el ámbito contractual la declaratoria de caducidad lleva implícita la adopción de estas medidas. Así, la sola terminación del contrato sin incluir el efecto de la no indemnización (esto si es sanción), la toma de posesión

- de la obra por parte de la entidad y la declaratoria de siniestro para hacer efectivas las garantías o pólizas de cumplimiento, no son otra cosa distinta a instrumentos utilizados por la entidad contratante para evitar la paralización del objeto contratado o, en caso de que ésta se haya dado, reactivar su ejecución para finalizar la obra o prestar el servicio público de que se trate.
2. Medidas tendientes a obtener una reparación de perjuicios: Se trata del reconocimiento que de tiempo atrás se ha hecho respecto de la infracción administrativa como hecho generador de un daño antijurídico, el cual puede derivarse de una relación contractual o extracontractual. De este modo, tradicionalmente se ha aceptado que la responsabilidad patrimonial es compatible con la responsabilidad punitiva y, en el ámbito administrativo se ha previsto que su declaratoria se realice al culminar el procedimiento administrativo como una de las principales consecuencias que se derivan de la imposición de la sanción, ya que la determinación de la ocurrencia de un ilícito administrativo conlleva a su vez la posibilidad de realizar una imputación de los perjuicios patrimoniales causados.
 3. Medidas tendientes a disuadir o a obtener el cumplimiento de una obligación: Es normal que los ordenamientos jurídicos reconozcan en cabeza de las autoridades administrativas el ejercicio de competencias que aun cuando son coercitivas no tienen carácter punitivo, las cuales traen su causa en el incumplimiento de alguna obligación e intentan superar esta circunstancia, de forma tal que a diferencia de la sanción no se parte de una infracción y no tienen

como finalidad imponer una pena que el culpable de la situación creada debe padecer.

En este sentido es importante mencionar que:

La jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional, al referirse a las cláusulas exorbitantes de los contratos de la Administración, las ha concebido como un poder de la misma, que se desarrolla dentro del contrato. El Consejo de Estado colombiano, a su turno, ha tenido un criterio de la cláusula exorbitante, como prerrogativa de la Administración durante la vigencia del contrato; pero, en otros eventos ha hecho alusión a que se trata de poderes de la Administración, para ser ejercidos en la ejecución del contrato (Guecha, 2006, pág. 41).

Concepción normativa

La definición de caducidad y sus efectos, se encuentra consagrada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la cual reza:

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

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

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

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

Ahora, de la definición del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, se desprende que esta sanción sólo puede declararse cuando:

- a. Se presenten hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.
- b. Que ese incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato.
- c. Que se evidencie que ese incumplimiento y afectación grave del contrato, conducir a su paralización.

No obstante, con posterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993, se han promulgado leyes que imponen causales diferentes a las previstas en el artículo mencionado. Dichas causales, por regla general, no van orientadas a sancionar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, toda vez que dichos presupuestos especiales son:

El reflejo de las diferentes políticas que se pretenden implementar en el país, donde los contratistas al manejar recursos públicos con el objeto de colaborarle al estado en la consecución de sus fines, son los llamados en primera instancia a cumplir ciertas obligaciones de abstenerse o de realizar determinados comportamientos (Arango & García, 2004, pág. 22).

En este sentido es importante mencionar que pesar de que la Ley 80 de 1993, redujo a una sola causal la declaratoria de caducidad, existen dentro de la legislación otras causales que conviene mencionar:

1. Por colaborar el contratista con grupos al margen de la ley (Ley 80 de 1993, artículo 5°, numeral 5°; Ley 40 de 1993, artículo 25 y Ley 782 de 2002, artículo 31).
2. Ser declarado el contratista responsable fiscalmente (Ley 610 de 2000, artículo 61).
3. Por no protección a la ingeniería Nacional (Ley 64 de 1978, inciso 2°).
4. Por no prorrogar la garantía del contrato (Decreto 679 de 1994, artículo 5°).
5. En materia de minas (Ley 685 de 2001, artículo 112).
6. Por mora en el pago de obligaciones parafiscales (Ley 789 de 2002, párrafo 2°, modificado por el artículo 1° de la Ley 828 de 2003).

En consecuencia afirma Felipe Pablo Mojica:

No solamente el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del contratista, dentro del contrato y con las consecuencias antes enunciadas, dan lugar a la declaratoria de la caducidad; hay otras causales contempladas en la Ley con el mismo efecto, imputables al contratista pero que tienen origen en circunstancias externas al objeto mismo del contrato, como son la colaboración a grupos al margen de la Ley, las deudas fiscales, la falta de protección a la Ingeniería Nacional, la no prórroga de las garantías del contrato, etc., frente a las cuales resulta desproporcionado la declaratoria de caducidad, precisamente por ser ajenas al objeto del contrato y porque además dicha declaratoria afectará el normal desarrollo de un contrato en el que puede ocurrir que el

contratista no esté incurso en incumplimiento alguno (Mojica, 2007, pág. 57).

Aspectos procedimentales

Límite temporal para la declaratoria de caducidad

La Ley 80 de 1993 en su artículo 18 al regular lo referente al procedimiento para la declaratoria de caducidad señala que los hechos constitutivos de incumplimiento deben afectar de manera grave y directa el desarrollo del objeto contractual, sin embargo, no hace mención expresa al límite temporal para el uso de dicha prerrogativa, pero dos argumentos llevan a la jurisprudencia a sostener que esta terminación anticipada producto del poder sancionador de la administración se puede ejercer mientras el contratista se encuentre obligado a la ejecución del objeto contractual, es decir, durante el plazo del contrato:

1. La reiteración de que el uso de otras cláusulas exorbitantes (modificación, interpretación y terminación unilateral) se debe realizar en el plazo estipulado para la ejecución del negocio jurídico.
2. El que la finalidad de la caducidad sea evidentemente evitar la paralización de la actividad encomendada al contratista.

Afirma Cassagne:

La expresión “exorbitante” constituye un término convencional, un valor entendido sólo utilizable en sentido técnico por cuanto, en realidad, no puede sostenerse que el derecho administrativo se encuentre en una situación de exorbitancia respecto del derecho privado. En todo caso, el derecho público regula contenidos que le atañen exclusivamente, que no entran en conflicto con el sistema del derecho privado, de ahí sus particularidades, sus escenarios de aplicación, su límite temporal, sus

procedimientos especiales y sus drásticas consecuencias, porque encierra en sí la afectación del interés común (Cassagne, 1998, pág. 18).

Trámite estipulado para la declaratoria de caducidad

En el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se establece un procedimiento administrativo especial para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, de forma tal que en la actualidad existe un cause procedimental para este tipo de declaratorias que resulta sumamente necesario y útil si se reconoce que “El debido proceso tiene como fundamento el otorgamiento de una garantía para que los particulares gocen de seguridad jurídica al enfrentarse al aparato judicial o a la toma de decisiones administrativas del Estado” (Chaves, 2015, pág. 98) sin olvidar que tal como lo expone Mojica Cortés:

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, lo cual sería imposible cumplir si la administración tuviera que someterse a la discusión judicial y por tanto, a la espera de una sentencia para evitar la paralización de la obra, el servicio o el suministro (Mojica, 2007, pág. 9).

Ahora, no se debe dejar de lado que así mismo el Código de Procedimiento Administrativo establece un procedimiento sancionatorio, que si bien es cierto constituye una actuación administrativa especial tiene un carácter general para aquellas autoridades que tienen encomendadas la competencia de imponer sanciones ante la ocurrencia de infracciones administrativas. Lo anterior significa que, ante los vacíos o lagunas que se

presenten en las actuaciones contractuales de carácter sancionatorio (en este caso la declaratoria de caducidad) la autoridad administrativa debe llenarlos, en primer lugar, con las disposiciones de la ley 1437 de 2011 que regulan lo referente al procedimiento administrativo sancionatorio (artículos 47 a 52) y, sólo en aquellos eventos en los que las lagunas sigan presentándose, acudir al procedimiento administrativo general consagrado en el mismo cuerpo normativo, lo que significa que tal como lo afirma Chaves Villada al ser el debido proceso “aquel derecho que reúne las garantías ineludibles para que la tutela judicial sea efectiva” (Chaves, 2015, pág. 99) la administración quiso revestir al contratista de garantías que le delimitarán un procedimiento normativo mediante el cual pudiera hacer ciertos sus derechos.

Efectos derivados de la declaratoria de caducidad

La declaratoria de caducidad tiene implicaciones graves para el contratista, Mojica afirma:

La Ley 80 de 1993, en su artículo 14, utiliza los términos de potestades excepcionales o de cláusulas exorbitantes que generalmente se incluyen en determinados contratos. En efecto, se trata de verdaderos poderes o potestades que la ley le confiere a una parte (administración Pública), y no se inspiran en el acuerdo de voluntades sino que nacen de la ley. Por tanto, la ausencia de estipulación expresa en un contrato no niega su existencia y exigibilidad, ya que la ley señala que cuando no se estipulen dichas cláusulas exorbitantes se entenderán incorporadas en el contrato. (Mojica, 2007, pág. 9)

En este orden de ideas se hace necesario mencionar que la declaratoria de caducidad trae consigo unos efectos que recaen de manera grave y radical en el contratista y estos son:

1. Inhabilidad: No puede participar en nuevos procesos de selección.
2. Inhabilidad sobreviniente: Debe renunciar a los contratos que tenga en ejecución.
3. No tiene derecho a indemnización en el contrato caducado.
4. Es constitutiva del siniestro de incumplimiento, lo que autoriza a la entidad estatal para cobrar el importe de la garantía única constituida en su favor por el contratista.
5. Terminación del contrato y liquidación del mismo.

Aunque muchos afirman que:

Dentro de nuestro ordenamiento, no existen cláusulas excepcionales o exorbitantes, sino potestades o prerrogativas de la Administración dentro de la actividad contractual, que determinan una situación de privilegio frente al administrado parte en el contrato, el cual se justifica por los fines de interés general que se persiguen con la contratación estatal (Benavides, El contrato estatal, 2004, pág. 75).

Es cierto, es que sea cual sea su denominación, cláusulas excepcionales o prerrogativas administrativas, sus efectos jurídicos continúan siendo los mismos, finalmente lo que estas permiten, en última instancia, es extinguir el vínculo contractual para asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto contractual.

La cláusula penal en el contrato estatal y su relación con la declaratoria de caducidad

En la contratación estatal colombiana, el incumplimiento grave en la ejecución de las obligaciones pactadas que amenacen con la paralización de la obra o el servicio que se quiere prestar o gestionar se puede analizar desde una doble perspectiva. De un lado es un ilícito administrativo que da lugar a la declaratoria de caducidad como ejercicio de la potestad sancionadora reconocida a la autoridad administrativa; de otro, constituye un ilícito civil que genera en cabeza del contratista el deber de responder por los perjuicios que su actuar le ocasionó a la administración pública. Por este motivo, uno de los efectos que prevé el ordenamiento jurídico es precisamente el que la entidad administrativa pueda hacer efectiva de manera directa la denominada cláusula penal cuando ejerce su poder punitivo.

En la actualidad la facultad de pactar cláusula penal, así como de hacerla efectiva directamente se encuentra establecida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, norma en la que se puede observar que no es obligatorio pactar la cláusula penal sino que este es un aspecto que dependerá en todo momento del acuerdo de voluntades. Es precisamente por esto que afirma Yohan Manuel Buitrago:

La cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales se constituyen en cláusulas del derecho común (no excepcionales), su pacto no resulta obligatorio en el actual sistema contractual y su imposición unilateral por parte de la administración pública, a manera de potestad excepcional, aun cuando las partes del contrato las hayan pactado, resulta contraria a su naturaleza, esencia y finalidad y por ende su imposición violaría el

principio de legalidad y se encontraría afectado de nulidad absoluta por objeto ilícito (Buitrago, 2014, pág. 12).

Ahora, es de mencionar que la cláusula penal, como ya lo dijimos, es una sanción civil que responde a un ilícito civil, de forma tal que no tiene una naturaleza de carácter punitivo, pues la finalidad que a través de ella se persigue es la de asegurar el cumplimiento de una determinada obligación, a través de la exigibilidad de una pena establecida en el acto jurídico negocial. Así las cosas, no se trata de nada diferente a que las partes estipulen el monto del resarcimiento para un caso futuro de incumplimiento o retardo, lo que en la práctica se traduce en que su voluntad se encamine a liquidar preventivamente el daño resarcible y en ello consiste precisamente la función reparadora de la pena pecuniaria. La importancia de incorporarla en el contrato, radica en que la parte beneficiaria queda eximida de tener que probar los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de la otra parte, teniendo sólo la carga de la prueba del daño efectivamente causado y así lo ratifica Buitrago Vargas cuando manifiesta que:

La cláusula penal puede ser moratoria o compensatoria, toda vez que la definición legal enseña que la pena se estipula para el caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal, resultando entonces compensatoria, la que tiene por objeto reparar el daño causado por el incumplimiento de la obligación, y moratoria o retardatoria la que tiene por objeto indemnizar el daño derivado de la mora, pero en cualquiera de los casos siendo necesario exclusivamente acreditar el daño sufrido (Buitrago, 2014, pág. 8).

Lo que si es cierto y debe quedar absolutamente claro, se reitera, es lo siguiente:

La Ley 80 de 1993 no consagra ni multas ni cláusula penal pecuniaria, como cláusulas implícitas en el contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias. Por consiguiente, cuando se pretenda utilizar esas figuras deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente (Benavides, 2004, pág. 372).

En consecuencia es posible sostener que la cláusula penal pecuniaria no es más que aquella que garantiza al contratante asegurado la cancelación del valor convenido como pena por el incumplimiento de las obligaciones del contratista, es decir, es una tasación anticipada de perjuicios que se concede sin afectar de ningún modo la indemnización a que haya lugar en el amparo de cumplimiento y que se establecerá a prorrata del grado de ejecución del contrato.

La declaratoria de caducidad constitutiva del siniestro por incumplimiento

El siniestro lo podemos definir como la manifestación del riesgo asegurado; es un acontecimiento que origina daños concretos que se encuentran garantizados en la póliza hasta determinada cuantía, obligando a la aseguradora a restituir, total o parcialmente, al asegurado o a sus beneficiarios, el capital garantizado en el contrato del seguro.

En consecuencia, estando de acuerdo con lo que afirma el autor Libardo Rodríguez “la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento para efectos de hacer efectiva la garantía existente” (Rodríguez, 2008, pág. 472), es decir, aquella mediante la cual se garantizaron las obligaciones contractuales.

Póliza de cumplimiento

La Póliza de Cumplimiento es el mecanismo de cobertura del riesgo más utilizado por los contratistas y se encuentra regulada por las disposiciones del Código de Comercio, por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, Decreto 1510 de 2013 y demás normas concordantes. Esta póliza pertenece a la categoría de los seguros patrimoniales y tiene como objeto cubrir o amparar al asegurado (contratante/administración) de todos los perjuicios que le cause el contratista (tomador/afianzado) como consecuencia del incumplimiento de éste último a las obligaciones a su cargo pactadas en el contrato garantizado o afianzado. El negocio jurídico que contiene la póliza o la garantía es un contrato autónomo, en el que la entidad estatal no es parte sino beneficiario o asegurado, se trata de un contrato que está directa e inescindiblemente unido al contrato estatal que respalda.

A diferencia de las otras clases de seguros en los cuales tiene plena aplicación el principio de la autonomía de la voluntad, en el seguro de cumplimiento a favor de las entidades estatales, el legislador optó por facultar al Gobierno Nacional para que regulara la mayoría de sus cláusulas con la finalidad de garantizar la efectiva protección del patrimonio público. En ejercicio de estas facultades, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1510 de 2013, el cual reguló entre otros aspectos, las garantías en la contratación pública, entre ellas la póliza de cumplimiento.

De acuerdo con lo anterior, cuando las compañías de seguros que explotan el ramo de cumplimiento comercializan productos, como la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales, deben incorporar en sus condicionados generales todas las disposiciones señaladas en el Decreto 1510 de 2013 (para este contrato de seguro) y en el evento en que incluyan una cláusula que viole o contradiga lo contemplado en esta norma, la misma no producirá efecto alguno.

No obstante, ha de señalarse que existen críticas en torno al tema que recaen en asuntos procedimentales, al respecto señala Ordoñez:

La regulación legal sobre el tema de las garantías sigue siendo muy defectuosa, aún después de la expedición de la Ley 1150 y de su decreto reglamentario sigue sin resolverse en forma definitiva el tema de la jurisdicción aplicable para las acciones con las que cuentan las entidades estatales para hacer efectivas las pólizas de seguro de cumplimiento. Debe ser expresamente aclarado que la vía ordinaria existe para hacer efectivas las pólizas; se ha menospreciado sin razón la dinámica normal de la

reclamación directa que establece la regulación comercial del contrato de seguro (Ordoñez, 2010, pág. 158).

Ahora bien, lo que sí es importante aclarar, como lo manifiestan Quintero y Mutis (1995) es que el nuevo estatuto regula el deber que corresponde a la administración de garantizar la continuidad y efectividad del objeto contratado, para lo cual tendrá tres opciones principales: asumir personalmente la realización del objeto contratado, encomendárselo al garante del contratista o contratar a otra persona que concluya la obra o continúe el servicio de que se trataba.

Conclusiones

La caducidad es una facultad que tiene la administración para dar por terminado un contrato por hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afectan de manera grave y directa la ejecución del contrato y a partir de los cuales se hace evidente su paralización. En este sentido, se hace importante mencionar que no solamente el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del contratista, dentro del contrato y con las consecuencias antes enunciadas, dan lugar a la declaratoria de la caducidad, sino que además hay otras causales contempladas en la ley con el mismo efecto, imputables al contratista pero que tienen origen en circunstancias externas al objeto mismo del contrato, frente a las cuales muchos consideran que resulta desproporcionado la declaratoria de caducidad.

Es importante mencionar que aunque el estatuto contractual no es claro en cuanto al trámite administrativo que ha de surtir para que tenga lugar la declaratoria de caducidad, cierto es que el mismo ha de sujetarse a unas reglas mínimas que garanticen el derecho fundamental al debido proceso del contratista. La oportunidad de la cual dispone la administración para declarar la caducidad, está comprendida desde el perfeccionamiento del contrato hasta cuando esté vigente la relación contractual. Más allá del término ya referido, hay una falta de competencia temporal en la que la administración ha perdido sus facultades excepcionales, pues se entiende que ha sido agotado el objeto del contrato.

En cuanto a sus efectos es de resaltar que la declaratoria de caducidad genera consigo una serie de consecuencias jurídicas para el contratista, no habrá lugar a

indemnización y por el contrario se hará acreedor de las sanciones e inhabilidades previstas en el estatuto, y adicionalmente, será constitutiva del siniestro de incumplimiento para efectos de la garantía existente.

En síntesis, las cláusulas exorbitantes también denominadas cláusulas excepcionales, que adquieren su calidad unas veces por su contenido extraño a los contratos de derecho privado y otras por los efectos extraños que producen respecto a aquellos (Rodríguez, 2008, pág. 465), se constituyen en una regulación acorde con el actual modelo social, político y económico, en el cual existe una evidente participación de los particulares en la consecución de los fines del estado, siendo ésta una herramienta que otorga una posición de superioridad a la administración, en aras de materializar el interés público implícito en la contratación estatal, posición de superioridad que no se encuentra en la contratación sometida al régimen privado.

Bibliografía

- Acción de Reparación Directa, 05001232400019960068001 (Sección Tercera, Subsección C 22 de Octubre de 2012).
- Arango, J. C., & García, J. G. (2004). Aplicación de las cláusulas exorbitantes en los contratos estatales regulados por regímenes especiales . *Aplicación de las cláusulas exorbitantes en los contratos estatales regulados por regímenes especiales* . Bogotá, Colombia.
- Benavides, J. L. (2004). *El contrato estatal*. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Buitrago, Y. M. (2014). Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal. Naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial. Bogotá, Colombia.
- Cassagne, J. C. (1998). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Chaves, J. E. (2015). El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de los contratos estatales. *Vniversitas* , 91-134.
- Guecha, C. N. (2006). Falacias de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. *Opinión Jurídica*, 33-47.
- Hoyos Duque, R. (24 de Septiembre de 1998). Consejo de Estado. *Radicado* . Bogotá, Colombia.
- Mojica, F. P. (2007). Algunos apuntes sobre la caducidad de los contratos estatales en el régimen jurídico colombiano. *Camino del hallazgo y del juicio* , 1-63.

Ordoñez, A. (2010). Efectividad de la garantía única de cumplimiento de contratos estatales, constituida a través de póliza de seguro de cumplimiento. *Revista de Derecho Privado*, 135-175.

Quintero, A., & Mutis, A. (1995). *Los contratos del estado en la Ley 80 de 1993*. Santa Fe de Bogotá: Temis.

Rodríguez, L. (2008). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis.