



**EL INTERÉS GENERAL COMO PRINCIPIO
ORIENTADOR DE LA CADUCIDAD
COMO CLÁUSULA EXORBITANTE
EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA**

***THE GENERAL INTEREST AS A GUIDING
PRINCIPLE OF THE EXHORBITANT CLAUSE:
EXPIRATION IN THE PUBLIC WORKS CONTRACT***

JOSÉ DANIEL SÁNCHEZ QUIÑONES*

Fecha de recepción: 16 de abril de 2020

Fecha de aceptación: 03 de mayo de 2020

Disponible en línea: 30 de junio de 2020

RESUMEN

Para el contrato de obra pública es obligatoria la estipulación de la caducidad como cláusula exorbitante, pero no debe declararse con miras a sancionar un incumplimiento contractual, sino según su conveniencia en un contexto donde una política pública tiene la potencialidad de garantizar derechos fundamentales. Esta investigación pretende ser una revisión crítica de la estipulación y aplicación de la caducidad en los contratos de obra bajo un estudio del estado del arte del principio de interés general. Mediante una metodología cualitativa, se encuentra que, para las decisiones de la administración es necesario hacer un tránsito del análisis económico del derecho a la teoría de la ponderación constitucional, pues es posible que la declaratoria de la caducidad no sea procedente ante la posibilidad de evitar litigios, salvaguardar el fisco de gastos administrativos innecesarios y satisfacer el goce de derechos fundamentales.

* Estudiante de Derecho y Ciencia política de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C., Colombia. Contacto: j.sanchezq@javeriana.edu.co

Palabras clave: Caducidad, contrato estatal, interés general, derechos fundamentales, arbitraje.

ABSTRACT

When it comes to public works contracts, the stipulation of the expiration is mandatory as an exorbitant clause, but this should not be declared with the purpose to sanction a contract breach, but rather according to its convenience in a context where a public policy has the potential to guarantee fundamental rights. This research aims to be a critical review of the application of the expiration clause in public work contracts under a study of the state of the art of the principle of general interest. By means of a qualitative methodology, it is found that, when analyzing the decisions of the administration it is necessary to make a transition from the law and economic analysis to the theory of constitutional weighting since it is possible that the declaration of expiration is not appropriate considering the possibility to prevent litigations, safeguard the treasury from unnecessary administrative expenses and satisfy fundamental rights.

Keywords: Expiration, state contract, general interest, fundamental rights, arbitration.

1. INTRODUCCIÓN

En desarrollo de la actividad económica de un país, surge el contrato estatal como principal mecanismo de ejecución presupuestal de la nación. La consecución de los fines del Estado hace que el cumplimiento del objeto de un contrato público sea de vital importancia. Contratos como la prestación de servicios, suministro, concesión de bienes, entre otros, cobran especial relevancia cuando su causa contractual es la satisfacción del bien común. Estos adquieren carácter público no solo en atención al criterio orgánico, en donde una de las partes de la relación contractual es de naturaleza pública, sino en razón a las prestaciones que desarrollan una política pública.

La Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública), reglamenta las cláusulas exorbitantes en su artículo 14¹. Estas son

1 Ley 80 de 1993, Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual: Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

una estipulación contractual que faculta a las entidades estatales para declarar unilateralmente una modificación, interpretación, terminación, caducidad o reversión del contrato². La estipulación de estas cláusulas excepcionales procede automáticamente para contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, y los contratos de obra. Estas se entienden pactadas aun cuando no se haya consignado expresamente.

De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, es obligación de las entidades públicas declarar la caducidad, mediante acto administrativo motivado, siempre que se reúnan los siguientes presupuestos:

- i) Un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.
- ii) Que dicho incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato.
- iii) Que el mismo evidencie que puede conducir a la paralización del contrato.

En particular esta figura trae una variedad de consecuencias jurídicas, enumerados por el Consejo de Estado, así:

- “i) La terminación del vínculo negocial sin que haya lugar a indemnización para el contratista; ii) la liquidación del contrato en el estado en

(...) 2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

- 2 “Unas potestades que tiene la administración pública al momento de contratar, las cuales rompen el principio de igualdad de las partes en el contrato y que se encuentran fundamentadas en la protección al interés público, cuyo fin último es la prestación adecuada del servicio público y el cumplimiento de los fines estatales”. Luis Guillermo Dávila Vinueza, Régimen jurídico de la contratación estatal, Legis Editores S.A, (2016).

que se encuentre; iii) la exigibilidad de garantías por configuración del siniestro del incumplimiento; iv) el uso de la cláusula penal pecuniaria y v) la sanción de inhabilidad para contratar con entidades públicas por cinco años”³.

Considérese inicialmente que el Decreto 222 de 1983 (antiguo estatuto de contratación estatal) contenía normas de contratación para el Estado altamente casuísticas, haciendo que el servidor público no contara con herramientas suficientes ante situaciones no reguladas. En respuesta se expidió la Ley 80 de 1993, que, en términos generales, es un estatuto de principios para la contratación pública y provee herramientas para la toma de decisiones gerenciales. No obstante, la caducidad como una potestad reglada de la administración padece el mismo error propio del Decreto 222 de 1983 porque se regula casuísticamente en la Ley 80 de 1993, obligando con esto al funcionario a su declaratoria ante unos supuestos de hecho específicos.

El responsable de la toma de este tipo de decisiones es el representante legal o quien ostente la función de la ordenación del gasto en la entidad, lo que presenta un problema pragmático: el acto administrativo reglado que declara la caducidad debe contar con fundamentos objetivos que permitan inferir la justeza de su actuación, pues aun cuando la figura es de carácter sancionatorio, su objeto nunca es la sanción sino evitar litigios prolongados o consecuencias imprevisibles para la administración⁴.

Por un lado, esos criterios objetivos son en realidad la aplicación del principio de interés general que, para el derecho administrativo del siglo XXI, ha dado un giro de 180 grados. Por otro lado, su objeto es la protección del patrimonio público, pero la función pública no procede únicamente de cara a aspectos fiscales pues es posible se desatiendan otros derechos fundamentales y de utilidad pública que fueron pensados en el objeto del contrato estatal que se

3 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicado: 26705; 2014.

4 “Si la caducidad es facultad que tiene la entidad pública para dar por terminado un contrato por el incumplimiento del contratista es obvio que si transcurre el término establecido para la ejecución de la obra sin que ella hubiere terminado, puede la entidad pública decretar inmediatamente la caducidad, ya que el no terminar la obra dentro del plazo previsto, bien puede considerarse como el incumplimiento por excelencia por parte del contratista. 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”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicado: 3127, C.P Jorge Valencia Arango; 1984.

pretende culminar. La estipulación obligatoria de la caducidad da pie para que las entidades públicas abusen de su declaratoria, dándole prioridad a la sanción administrativa, en contraposición a la satisfacción del interés general derivado del cumplimiento del contrato en cuestión.

Así las cosas, el objetivo del presente escrito es realizar una revisión crítica de la estipulación y aplicación de la caducidad en los contratos de obra pública. Las finalidades constitucionales del Estado y los principios propios del derecho administrativo deben atender criterios de utilidad social para que la aplicación de la caducidad no se determine en torno a la sostenibilidad fiscal, sino a la salvaguarda del bienestar común.

Para alcanzar dicho objetivo se propone un estudio dirigido al análisis de la necesidad de brindar competencias al servidor público para la toma de decisiones gerenciales y no predeterminadas, a partir del cual se establecieron cuatro variables cualitativas de trabajo: analizar las circunstancias bajo las cuales procede la discrecionalidad administrativa en la expedición de actos administrativos, entender la manera en que un funcionario público debe dar aplicación a los principios de las actuaciones administrativas, determinar qué efectos tiene el uso del principio del interés general y considerar a los tribunales de arbitraje como posible solución al problema en cuestión.

2. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

La doctrina jurídica ha sido homogénea en entender los actos administrativos como una manifestación unilateral de la administración en ejercicio de su poder público. En el devenir histórico, el legislador ha comprendido que es imposible regular todas las posibilidades que rodean las actuaciones administrativas. Por ese motivo, existen dos tipos de actos administrativos: los reglados y los discrecionales (o gerenciales).

Para determinar la existencia de uno u otro, basta con remitirse al fundamento normativo del acto en cuestión, el cual será preciso en limitar la conducta del funcionario público o autorizar su capacidad de elección. Los reglados se refieren a la mera ejecución de la ley, y en contraposición, los discrecionales resultan de la toma de decisiones bajo un examen específico de la conveniencia, necesidad, equidad, razonabilidad, suficiencia y exigencia del interés u orden público⁵.

5 José Humberto Sánchez Gutiérrez, *El Acto Discrecional: Principios que lo rigen y su jerarquía*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2396/24.pdf>, (2005).

En la medida en que las decisiones discrecionales generan efectos jurídicos y conllevan una responsabilidad estatal, se justifica su utilización, previa comprensión holística de su desarrollo histórico. Cuando el derecho administrativo se constitucionaliza en Colombia en 1991, liquida definitivamente la teoría pura del derecho o el argumento positivista, que pretende que la mera literalidad de la norma sea suficiente para responder a problemas complejos de la realidad social.

En cambio, se reemplaza por los postulados de Hart, quien dilucida la existencia de situaciones no reguladas por la normatividad, denominadas lagunas del derecho⁶. Respecto de la actuación administrativa, Ronald Dworkin⁷ argumenta que se ponderan los asuntos conforme a los principios de moralidad y libertad, que hacen que el derecho sea completo y no exista aplicación arbitraria de las normas.

Entonces, es claro que la infinidad de variables y vicisitudes que influyen en el contrato estatal, no siempre cuentan con una norma que de claridad absoluta de la ruta a seguir. Frente a esta indeterminación del derecho, el servidor público debe tomar decisiones ajenas de arbitrariedad pudiendo sopesar las circunstancias con los principios constitucionales y administrativos vigentes⁸.

Dados estos elementos, el magistrado Jorge Iván Palacio, argumenta que la declaratoria de caducidad debe acudir a las disposiciones constitucionales pues las cláusulas exorbitantes cuentan con un eje orientador: los fines esenciales del Estado⁹:

6 Luis Jesús García Bautista & Jorge Armando Mojica Leal, *Características de las cláusulas exorbitantes en el contrato estatal*, (2013).

7 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, (2012).

8 “La aplicación de la facultad discrecional debe estar inspirada en el derecho social, con el fin de que se pueda proteger la labor del trabajador, tal y como lo ordena la Constitución y la Ley. Es por ello, que el retiro del demandante encuentra fundamento en las potestades desviadas, pues si bien es cierto un empleado que se encuentre desempeñando el cargo de libre nombramiento y remoción puede ser declarado insubsistente en cualquier momento, no es menos cierto que la Constitución Nacional establece que dicha facultad debe ejercerse dentro de los términos señalados por la Ley, pues no es una facultad ilimitada. En ese orden de ideas, la potestad administrativa, y en especial la discrecional, se encuentra sometida al principio de mensurabilidad, el cual consiste en que en ningún caso la potestad puede constituirse como un poder indefinido o ilimitado.” G.J Mármod, *Análisis de la supervisión del contrato estatal: función de vigilancia y mecanismo anticorrupción*, Revista Academia & Derecho, 145-169, (2013).

9 “Son fines esenciales del Estado: 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,

“La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CC”¹⁰.

Fijar una normativa casuística para la caducidad, como en los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993, tiene implicaciones en dos frentes: i) atendiendo el principio de legalidad, en los contratos que no se enumeran, es imposible pactar la caducidad por falta de competencia; y ii) en los que sí se nombran, se desconoce la necesaria discrecionalidad o buen juicio de la administración para pactarlas en consideración a que, dadas las circunstancias, puede ser razonable la aplicación de otras herramientas orientadas al cumplimiento del objeto contractual.

Por ese motivo, limitar la labor del funcionario público mediante normas que permiten una única hoja de ruta puede llegar a impedir la consecución de los fines del Estado. Es decir, terminar unilateralmente como causa de la caducidad un contrato estatal que desarrolla una política pública y sancionar por el incumplimiento, aun cuando se salvaguarda la integridad fiscal, puede afectar gravemente el servicio a la comunidad y la prosperidad general. Por su parte, la doctrina se ha referido en los mismos términos:

“El colectivo moralidad administrativa y los principios en él contenidos, tienen una categoría propia en el derecho administrativo, y es la de concepto jurídico indeterminado, elemento que reconoce la imposibilidad de dar normas casuísticas a las autoridades administrativas, ya que ellas serían lesivas de los intereses que en cada caso debe consultar la administración, y dificultarían aún más su labor ejecutiva y el logro de los fines estatales propuestos; al tiempo, los conceptos jurídicos indeterminados, aun cuando amplios en el contenido de situaciones que comprenden, no implican por ello escape al control del judicial, para el caso el juez popu-

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. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”. Constitución Política de Colombia. Art 2. 7 de julio de 1991 (Colombia).

10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-917. M.P. Jorge Iván Palacio, 2010.

lar obra no como sancionador, sino como garante del derecho colectivo a la moralidad y bajo esa línea ejerce una labor de concreción y consulta de su núcleo, en pro del sometimiento de las decisiones administrativas a los postulados constitucionales.”¹¹

Al brindar competencias para que el servidor público pacte y declare la caducidad de manera discrecional, se está reconociendo su capacidad de gerencia para enfrentar situaciones indeterminadas. Bajo este escenario, el funcionario debe saber ponderar los principios de las actuaciones administrativas, en consideración a dos elementos:

- i) Las disposiciones del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que remiten directamente a los fines del Estado y a la aplicación de métodos de ponderación y razonabilidad en las decisiones:

“Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”¹².

- ii) Los estándares que le son impuestos al órgano administrativo, dentro de los cuales se encuentran los principios de orden constitucional y los propios del derecho administrativo. Al respecto, Ronald Dworkin expresó que, resuelta la disputa sobre la existencia de lagunas en el derecho, la observancia de estos estándares solo es posible si el servidor público tiene capacidad para integrarlos autónomamente de acuerdo a las circunstancias:

“El argumento positivista que considera que la discrecionalidad sólo surge de la incertidumbre del lenguaje y, por ende, del proceso de interpretación y aplicación del derecho, no ha podido sostenerse frente a los supuestos de absoluta indeterminación de los hechos o del derecho que fundan la conducta a seguir por el funcionario y que excluyen el deber de observar una regla, concepto o conducta predeterminada. En definitiva, implica un error lógico sostener que no existen vacíos o lagunas, como pensaba Kelsen, para demostrar la plenitud del ordenamiento, sobre la

11 Eddy Alexandra Villamizar – Schiller, *El derecho colectivo: “moralidad administrativa” en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo*, Estudios Socio – Jurídicos, (2018).

12 Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 18 de enero de 2011.

base del proceso de interpretación y aplicación. El problema está en otro lado y se encuentra en la labor de integración con los principios generales que lleva a cabo el juez en los casos de discrecionalidad típica o fuerte.”¹³

3. LOS PRINCIPIOS DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

Para las actuaciones de quienes intervengan en la contratación pública, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su artículo 23, es claro en fijar los parámetros que rigen estos procesos, a saber:

“[...] los principios de transparencia, economía y responsabilidad, además de los postulados que rigen la función administrativa, los que regulan la conducta de servidores públicos, las reglas de interpretación de los contratos, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”¹⁴.

No obstante, no define los principios de transparencia, economía y responsabilidad, dificultando los procesos disciplinarios de los servidores públicos que los incumplen y entorpeciendo la claridad conceptual con que debe contar el funcionario al momento de ejecutar actos administrativos discrecionales.

Por fortuna y para efectos de la presente investigación, estos principios han sido desarrollados jurisprudencialmente y son definidos en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011¹⁵, y dan claridad a la labor del funcionario público al estar estipu-

13 Luis Jesús García Bautista & Jorge Armando Mojica Leal, *Características de las cláusulas exorbitantes en el contrato estatal*, (2013).

14 Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993.

15 Artículo 3: “Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

#7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

#8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

#11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales,

lados objetivamente en la norma. Esta también remite al artículo 209 de la Constitución Política, que ordena a todas las autoridades a interpretar y aplicar las disposiciones que regulan los procesos administrativos a la luz de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Puestos en perspectiva, la declaratoria de caducidad puede ir en contravía del principio de eficacia, en virtud del cual las autoridades deben buscar la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa, removiendo obstáculos puramente formales, decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos. Así, en concordancia con el principio de responsabilidad, contar con la terminación unilateral del contrato como consecuencia de la caducidad y la sanción administrativa como primer recurso ante un incumplimiento pierde de vista la preferencia que debe tener la ejecución continua de los contratos de obra pública.

En dicho escenario, el Estado termina asumiendo los costos del incumplimiento de su contraparte contractual pues implica un desembolso para reformular un proceso de selección objetiva para un nuevo contratista. Ello involucra la renegociación y fijación de licencias, permisos, autorizaciones, riesgos pre-visibility, garantía de la oferta, términos y condiciones para el cumplimiento del contrato, pagos de prestaciones sociales, pólizas, contratación de interventor o supervisor, entre otras. Además, la entidad incurre en gastos para garantizar que la sanción administrativa sea respetuosa del debido proceso y acorde a la Ley 1150 de 2007¹⁶ y la Ley 1474 de 2011¹⁷, donde el contratista puede ejercer su derecho de defensa, aportar pruebas e impugnar el acto administrativo durante el proceso disciplinario.

Al tiempo de regular casuísticamente esta facultad, se da paso a ambigüedades. Una de ellas tiene que ver con el incumplimiento, del cual el artículo 18 de

evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

#12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

#13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.” Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 18 de enero de 2011.

16 Por medio de la cual se introducen medidas para la eficacia y la transparencia en la Ley 80 de 1993.

17 Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

la Ley 80 de 1993 se expresa en términos generales. Es de conocimiento público que los contratos de obra conllevan generalmente reajustes para su ejecución; no obstante, se ha llegado a declarar la caducidad ante incumplimientos que bien pueden ser parciales o retardos, los cuales no justifican la aplicación de las consecuencias jurídicas severas de la caducidad. Recordemos que, aun cuando la figura es de carácter sancionatorio, su objeto nunca es la sanción sino evitar litigios prolongados o consecuencias imprevisibles para la administración. Se tiene entonces que la estipulación obligatoria de la caducidad da pie para que las entidades públicas abusen de su declaratoria, dándole prioridad a la sanción administrativa, en contraposición a la satisfacción del interés general derivado del cumplimiento del contrato en cuestión.

Al respecto, se expresó el Consejo de Estado:

“El incumplimiento del contratista respecto al término de que disponía para la realización de la obra, no puede establecerse sino en el momento mismo en que ese término expiró. Por consiguiente, si bien el contrato no ha terminado por el hecho mismo del incumplimiento del contratista en cuanto al término, la entidad pública lo da por terminado en ejercicio de la facultad que le confiere la cláusula de caducidad. Todo lo anterior, en el supuesto de que la consulta se refiere a la expiración del plazo de que el contratista disponía para la ejecución de la obra y no a la terminación del contrato pues en ese caso la respuesta seguramente sería distinta.”¹⁸

Así, en contravía de los principios del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, se está impidiendo la ejecución de políticas públicas y procediendo sin austeridad, responsabilidad, ni eficiencia. Si la caducidad pretende evitar consecuencias imprevisibles para la administración, realmente conduce a su ocurrencia. Se constata entonces la mentada contradicción del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, pues la regulación casuística del pacto y declaratoria de la caducidad obliga al funcionario a paralizar la obra y a excluir otros mecanismos para ejecutar el contrato.

Análogamente, existe confusión sobre el alcance del principio de moralidad administrativa. Este pretende que los particulares y servidores públicos actúen con rectitud, lealtad y honestidad. Esto ha derivado en la consideración errónea de la actividad contractual del Estado como una función pública que legitima el abuso de la figura de la caducidad. Si se reconociera realmente su naturaleza

18 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicado: 3127, C.P Jorge Valencia Arango; 1984.

contractual, procedería preferentemente el uso de mecanismos para la ejecución del objeto del contrato y la garantía de derechos fundamentales.

4. EL PRINCIPIO DE INTERÉS GENERAL

Vistos los principios de las actuaciones administrativas, es preciso que el funcionario público deba procurar por la efectividad del derecho material objeto del contrato estatal aun en presencia de la rigidez de la norma. Para ilustrar la gravedad de un actuar contrario a ello, obsérvese los contratos de obra en transporte, regulados por la Ley 1682 de 2013 y modificada por la Ley 1882 de 2018. Aquellos no son una tipología independiente del contrato de obra pública, sino que estas leyes aluden a un contrato específico de obra pública. Dichos contratos se enfocan en la garantía del “traslado de las personas, los bienes y los servicios, el acceso y la integración de las diferentes zonas del país y el crecimiento, competitividad y la mejora de la calidad de la vida de los ciudadanos”¹⁹. Este es desarrollo directo del derecho fundamental de libre circulación por el territorio nacional, consagrado en el artículo 24 constitucional y que refiere al concepto de movilidad²⁰.

En dicha circunstancia, el contrato estatal cuenta con la potencialidad de cumplimiento de las finalidades del Estado, como la promoción de la prosperidad general, la garantía de los derechos constitucionales y la facilitación de la participación de los ciudadanos en las decisiones que les afectan. Para este contrato de obra es obligatoria la estipulación de la caducidad como cláusula exorbitante, lo que induce a su declaratoria en el instante en que se presenta un incumplimiento.

Esta situación, además de generar la mencionada afectación adjunta del fisco, implica una interrupción o aplazamiento del goce del derecho a la movilidad

19 Ley 1882 de 2018, art 2. Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. 21 de febrero de 2018.

20 “La movilidad no es sino un medio para permitir a los ciudadanos, colectivos y empresas acceder a la multiplicidad de servicios, equipamientos y oportunidades que ofrece la ciudad. Su objetivo es que los ciudadanos puedan alcanzar el destino deseado en condiciones de seguridad, comodidad e igualdad y de la forma más autónoma y rápida posible. La movilidad no es sinónimo de transporte. El transporte es solo un medio más para facilitar la movilidad ciudadana. (...) Para lograr la máxima eficiencia y reducir las necesidades de desplazamiento es más importante “crear cercanía”, es decir, que se pueda estudiar, comprar, trabajar y divertirse cerca del lugar de residencia, que “producir transporte”. Jean – Francois Jolly, *Algunas reflexiones sobre la movilidad urbana en Colombia desde la perspectiva del desarrollo humano*, Papel Político, <http://www.scielo.org.co/pdf/papel/v16n2/v16n2a07.pdf>, (2011).

que, a su vez, es garantía de otros derechos fundamentales como la educación, el trabajo y la recreación. La sumatoria de estas consecuencias negativas afecta el interés general. El profesor Jaime Rodríguez-Arana, señala que existe un cambio de 180 grados en la concepción del mismo al interior del derecho administrativo del siglo XXI, pasando de la teoría individualista a la voluntarista.

El Consejo de Estado de Francia, en la introducción del *rapport* de 1999, afirma que el interés general se erigió inicialmente como la suma de intereses individuales de los agentes económicos, en donde el Estado actúa como árbitro para la coexistencia de las mismas. Esta visión utilitaria, propia del liberalismo, propende por una regulación tendiente a corregir las fallas del mercado. Para superar esta perspectiva economicista, el interés general fue recogido por la tradición republicana francesa en la construcción de los postulados de la teoría voluntarista. Esta considera que el interés general trasciende los intereses particulares y es la expresión de la voluntad general²¹.

No obstante, el libro *Las Transformaciones del Derecho Público*, escrito por Léon Duguit²², dilucida que la voluntad general es una categoría científica con muy poca aplicación práctica. Por el contrario, en el siglo XXI, el Estado ya no cuenta con poderes omnímodos que le permitan orientar sus decisiones para la salvaguarda de su integridad, sino que trabaja en función del ciudadano y de la garantía de sus derechos; es decir, tiene aplicación en un contexto específico: el Estado Social y Democrático de Derecho.

Con el objetivo de afianzar la colaboración entre los poderes públicos y los agentes sociales, el interés general es una garantía que protege la sociedad de autoritarismos, toda vez que las actuaciones unilaterales de la administración deben motivar una necesidad concreta que recae en la protección de derechos fundamentales de los ciudadanos a los que sirve. Por esta razón, la declaratoria de caducidad no puede ser determinada de acuerdo a la sostenibilidad fiscal porque el análisis económico es reactivo a otras dimensiones como los derechos fundamentales.

El doctor Jaime Rodríguez-Arana, fue descriptivo al respecto en tanto esta es por excelencia la contraposición del interés general, pues es el depósito de los intereses particulares:

21 Jaime Rodríguez Arana, El interés general en el derecho administrativo: notas introductorias, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/article/viewFile/1485/1385>, (2012).

22 León Duguit, *Las transformaciones del derecho público*, Comadres, (2013).

“Se debe tomar conciencia de los peligros que encierra la llamada soberanía económica o financiera, una nueva soberanía que ha desplazado realmente al ciudadano de su condición de dueño y señor del poder público. Efectivamente, cuándo la Economía domina al Derecho, cuando el Derecho Público discurre varios cuerpos detrás de la Economía, cuándo el Derecho, expresión de la justicia, es desterrado de las decisiones económicas y financieras, entonces los principales poderes económicos y financieros se enseñorean del interés general y las notas de la racionalidad, pluralismo y justicia desaparecen al servicio del enriquecimiento sin cuento de los principales dirigentes y propietarios de estas corporaciones”²³.

En suma, la toma de decisiones que afectan el interés general no puede ser una expresión mecánica de la ley. El contrato de obra pública siempre está acompañado de una política pública que pretende satisfacer una necesidad ciudadana y, por tanto, es posible que, dadas las circunstancias, no sea procedente la caducidad de cara al bien común. Entonces, la conciliación de los intereses fiscales con los derechos fundamentales resulta de la aplicación de la teoría constitucional de ponderación de derechos, que consta de:

“[...] tres pasos. En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro”²⁴.

5. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

De cara a la problemática expuesta, una aproximación a su solución sería la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje, para que se resuelva la disputa en torno a un incumplimiento contractual y se posibilite la ejecución del mismo. Desafortunadamente, la regulación de los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993 obliga a la estipulación de la caducidad en los contratos de obra, pues es una capacidad irrenunciable de las entidades públicas. Esta normatividad es incompatible con el pacto arbitral, según manifies-

23 Jaime Rodríguez Arana, *El interés general en el derecho administrativo: notas introductorias*, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/articulo/viewFile/1485/1385>, (2012).

24 Robert Alexy, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>, (2002).

ta la Sala de Consulta y Servicio Civil, el 13 de julio de 1972²⁵, luego reiterado en jurisprudencia por la misma corporación en el año 2000:

“Si por un lado se consigna la cláusula compromisoria y por el otro se establece el derecho de la Nación de decretar la caducidad administrativa, como aparece del contrato materia de la Litis, tales cláusulas no son conciliables entre sí, si se basan en las mismas causales; porque es obvio que la caducidad quedaría de suyo excluida por la obligación de someter las controversias a arbitramento, y esta cláusula además, sería inoperante porque el derecho de la administración a decretar a caducidad en los contratos de ejecución de obras o de prestación de servicios públicos, más que una simple estipulación contractual, es una facultad indeclinable”²⁶.

De esta manera, los servidores públicos podrían aplicar el artículo 1 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012), que autoriza a los tribunales de arbitraje a dirimir disputas en torno a la terminación de un contrato en donde intervenga una entidad pública, pero se enfrentan con una incompatibilidad de la naturaleza de ambas figuras.

Se observa como regla general que las pretensiones en el proceso arbitral se circunscriben únicamente a la esfera contractual o actos administrativos con contenido patrimonial²⁷. La Corte Constitucional (2000) ha dicho que los árbitros no pueden tomar determinaciones conforme a la legalidad de los actos administrativos²⁸. Sin embargo, en su libro *La Arbitrabilidad de los Actos Admi-*

25 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sección segunda. Radicado: 656. C.P. Luis Carlos Sáchica; 1972.

26 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicado: 16973; 2000.

27 De acuerdo con el artículo 141 del Código de Procedimiento de lo Contencioso Administrativo, existen tres vías de tramitar la acción contractual. Por una parte, el procedimiento común permite que se resuelva la existencia, nulidad, revisión, incumplimiento, nulidad de los actos administrativos contractuales e indemnización de perjuicios. También, se podrá solicitar la liquidación del contrato cuando no se haya logrado de mutuo acuerdo o, pasados dos meses del plazo para ello y no lo haya hecho la entidad estatal unilateralmente. Por otro lado, para los actos proferidos antes de la celebración del contrato, se podrá demandar ante la justicia contenciosa por nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho.

28 Sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional: “Esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular”. (Corte Constitucional de Colombia, 2000).

nistrativos Contractuales, Vladimir Fernández Andrade, expone que no existe una línea jurisprudencial clara del Consejo de Estado y la Corte Constitucional que permita excluir la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales.

El autor propone que la justicia arbitral cuenta con competencia para conocer de estos, por cuanto la asignación de funciones jurisdiccionales a los particulares en condición de árbitros encuentra límites únicamente en lo convenido contractualmente y en el fundamento de hecho para la expedición de los actos administrativos contractuales. Asimismo, el tránsito entre el Estatuto Arbitral a la Ley 1682 de 2013, sobre proyectos de infraestructura de transporte, asignó competencia a los árbitros para conocer sobre estos actos administrativos expedidos bajo facultades excepcionales y resolver sobre sus efectos económicos sin desempeñar un juicio de legalidad.

En definitiva, resulta inoperante que, para el contrato de obra, donde se obliga a la administración a pactar la caducidad, se excluya la posibilidad de que los árbitros diriman la razonabilidad y justeza de las decisiones de la administración y ordenen bien sea que ejecute el cumplimiento de la obligación principal más la indemnización moratoria de perjuicios o las cláusulas penales, o que se pague la indemnización de perjuicios, que puede ser la cláusula penal compensatoria.

6. CONCLUSIÓN

La normatividad de la contratación estatal no es solo un mecanismo de ejecución presupuestal sino también la realización de políticas públicas que garantizan derechos fundamentales de la ciudadanía. Por este motivo, la determinación del alcance de las regulaciones de la caducidad en el contrato estatal debe estar orientada, por un lado, en las normas legales y, por otro, al conjunto de estándares impuestos al órgano administrativo, a saber: las finalidades constitucionales del Estado y los principios propios del derecho administrativo.

Los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993 determinan para qué tipo de contratos es obligatoria la estipulación de la caducidad y en qué momento aplicar las mismas. Esta regulación casuística está orientada por un análisis económico del derecho que pretende salvaguardar la integridad del fisco frente a un incumplimiento contractual. No obstante, para el contrato de obra, previo análisis de las disposiciones constitucionales y de los principios del derecho administrativo, es posible que la declaratoria de la caducidad no sea procedente de cara al bien común.

Esta cláusula exorbitante tiene la potencialidad de afectar el presupuesto público porque el Estado termina cubriendo el incumplimiento de su contraparte para poder garantizar la elección del nuevo contratista, el debido proceso

para la sanción administrativa, paralizando la obra e interrumpiendo el goce de derechos fundamentales.

Por esta razón, la declaratoria de caducidad no solo debe atender las causales fijadas en la Ley 80 de 1993 sino también criterios de utilidad social. Su aplicación no estaría determinada en torno a la sostenibilidad fiscal porque al Estado le corresponde salvaguardar el Estado Social de Derecho, más allá de proteger sus intereses económicos. Dados estos elementos de juicio, el funcionario público debería aplicar la teoría de ponderación constitucional de derechos para determinar la procedencia de la caducidad o demás mecanismos como la cláusula compromisoria, que abren la posibilidad de ordenar la ejecución de la obra ante la ocurrencia de un incumplimiento.

En conclusión, es necesaria una reforma de los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993, porque la caducidad debería considerarse como un mecanismo que solo procede ante una decisión gerencial. Posterior a este análisis, la administración sería consciente de la posibilidad de evitar litigios prolongados por demandas de nulidad por desviación de poder o por contrariar el interés general, salvaguardar el fisco de gastos administrativos innecesarios y satisfacer el goce de derechos fundamentales.

Adicional a dicha aplicación discrecional de la estipulación y aplicación de la caducidad, sería de interés para la academia la resolución de las siguientes preguntas:

- (i) ¿Cómo mantener un equilibrio saludable entre la aplicación de la ponderación constitucional y la salvaguarda de la integridad del fisco?
- (ii) ¿Es el arbitraje un mecanismo idóneo para satisfacer derechos fundamentales y, en consecuencia, realizar control de legalidad sobre actos administrativos?
- (iii) ¿Cuál es el modelo de gestión pública más apto para que las entidades públicas generen procesos de aprendizaje y fortalezcan la capacidad de toma de decisiones gerenciales?

7. BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Eddy Alexandra Villamizar – Schiller, *El derecho colectivo: “moralidad administrativa” en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo*, Estudios Socio – Jurídicos, (2018).
- Vladimir Fernández Andrade, *La arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales*. Editorial Instituto Latinoamericano de Altos Estudios – ILAE, (2018).

- José Humberto Sánchez Gutiérrez, *El Acto Discrecional: Principios que lo rigen y su jerarquía*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2396/24.pdf>, (2005).
- León Duguit, *Las transformaciones del derecho público*, Comadres, (2013).
- Luis Guillermo Dávila Vinuesa, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Legis Editores S.A, (2016).
- Luis Jesús García Bautista & Jorge Armando Mojica Leal, *Características de las cláusulas exorbitantes en el contrato estatal*, (2013).
- Miguel Acosta Romero, *Teoría general del derecho administrativo*, 7a. ed., Porrúa, (1986).
- Robert Alexy, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, <http://www.cortidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>, (2002).
- Ronal Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, (2012).

Revistas

- G.J Mármol, *Análisis de la supervisión del contrato estatal: función de vigilancia y mecanismo anticorrupción*, Revista Academia & Derecho, 145-169, (2013).
- Jaime Rodríguez Arana, *El interés general en el derecho administrativo: notas introductorias*, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/operas-primas-de-derecho-admin/article/viewFile/1485/1385>, (2012).
- Jean – Francois Jolly, *Algunas reflexiones sobre la movilidad urbana en Colombia desde la perspectiva del desarrollo humano*, Papel Político, <http://www.scielo.org.co/pdf/papel/v16n2/v16n2a07.pdf>, (2011).

Jurisprudencia colombiana

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicado: 26705; 2014.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicado: 3127, C.P Jorge Valencia Arango; 1984.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sección segunda. Radicado: 656. C.P. Luis Carlos SÁCHICA; 1972.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicado: 16973; 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-917. M.P. Jorge Iván Palacio, 2010.
- Corte Constitucional. Sentencia C - 1436 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 2000.

Legislación colombiana

- Constitución Política de Colombia. Art 2. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 18 de enero de 2011.
- Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993.
- Ley 1882 de 2018, art 2. Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. 21 de febrero de 2018.