

# **DE LAS PRERROGATIVAS DEL ESTADO EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

Herramientas para el correcto ejercicio de la función  
pública en la contratación estatal

Enrique Gil Botero

# De las prerrogativas del estado en el marco de la contratación estatal

## TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN.....	1
I. DE LAS PRERROGATIVAS DEL ESTADO EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	3
1. Del principio de legalidad.....	5
1.1. De los contratos en los que proceden las cláusulas exorbitantes.....	8
II. Poderes exorbitantes expresos.....	10
1. De la interpretación unilateral.....	11
2. De la modificación unilateral.....	12
3. De la terminación unilateral.....	18
4. De la caducidad.....	27
5. De la cláusula de reversión.....	40
III. OTRAS PRERROGATIVAS A FAVOR DEL ESTADO.....	44
1. Terminación unilateral como consecuencia de la nulidad del contrato.....	44
2. Terminación unilateral tácita en los contratos de interventoría.....	49
3. De la declaratoria de incumplimiento.....	50
4. De la imposición de multas.....	52
5. De la cláusula penal pecuniaria.....	57
6. De la liquidación unilateral.....	58
IV. DEL DEBIDO PROCESO EN EL EJERCICIO DE LOS PODERES EXORBITANTES Y LAS PRERROGATIVAS CONSAGRADAS A FAVOR DEL ESTADO.....	63

## **PRESENTACIÓN**

La contratación estatal constituye una de las principales herramientas para el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los servicios públicos. Es por ello, que el legislador quiso dotar a las entidades públicas de un amplio abanico de prerrogativas y potestades, que les permitieran ejercer un control más intenso sobre la ejecución del contrato y garantizar a cabalidad el cumplimiento del mismo. Sin embargo, el ejercicio de estas prerrogativas debe estar precedido de un análisis acucioso, en el que se pondere cuál sería la decisión más adecuada para el cumplimiento de los fines que se propuso la entidad con el objeto contratado, y además se respeten las garantías y derechos del contratista. Lo contrario, podría derivar en abusos por parte de la administración, que a su vez podrían acarrear responsabilidades de tipo disciplinario, fiscal, patrimonial o incluso penal para el funcionario que dirige la ejecución del negocio celebrado y de índole patrimonial para la entidad pública respectiva, como ya se ha evidenciado en los numerosos procesos que actualmente se adelantan en la jurisdicción contencioso administrativa.

Es por lo anterior, que el presente documento, tiene como propósito trazar un panorama general de las prerrogativas de que gozan las entidades públicas en el ámbito de la contratación, de la siguiente manera: i) en la primera parte, se describen unas generalidades de estas potestades, cuáles son y en qué contratos proceden. ii) La segunda parte se ocupa de estudiar lo concerniente a las potestades exorbitantes consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. iii) La tercera, versa sobre las demás prerrogativas que tiene la administración pública en el marco contractual. Sin entrar propiamente en la discusión de si se trata de poderes

exorbitantes o no, se hace una descripción de cada una de ellas, su procedencia y requisitos. iv) Finalmente, la cuarta parte del documento está dedicada al debido proceso, principio que hoy en día constituye uno de los pilares no sólo de la contratación pública, sino también de todo el derecho administrativo y que representa una garantía de decisiones más justas para el contratista, e igualmente de una mayor calidad en las determinaciones de la administración.

El panorama que se intenta trazar en el texto está enriquecido con la jurisprudencia que se ha ido construyendo en las dos últimas décadas en la Sección Tercera del Consejo de Estado, la cual, aunque ha sido ambivalente en algunos temas, ha ido señalando un camino para acercarnos más al buen desempeño de la función pública en el marco de la contratación estatal.

## **I. GENERALIDADES SOBRE LOS PODERES DEL ESTADO Y EL EJERCICIO DE LAS POTESTADES EXCEPCIONALES EN EL CONTRATO ESTATAL.**

Además de los actos administrativos que fungen como manifestaciones unilaterales de voluntad, el contrato estatal es uno de los instrumentos más importantes con los que cuenta el Estado para la realización de sus fines y la prestación continua y adecuada de los servicios públicos<sup>1</sup>. En virtud de esta relación jurídica bilateral, el Estado establece una relación de colaboración con los particulares para el logro de sus fines. Sin embargo, el contrato como modalidad de la gestión pública, tampoco escapa de la observancia de los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución -igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad-, y en todo momento debe estar orientado por el interés general, por lo que pese a tratarse de una relación sinalagmática de bilateralidad, que en principio debe estar regida de la igualdad, el legislador quiso dotar a la Administración de ciertas prerrogativas o potestades que por regla general son inusuales en los contratos que se celebran entre los particulares.

Estas prerrogativas son una expresión de la autotutela administrativa, en tanto es la entidad pública la que tiene la dirección general y la

---

<sup>1</sup> “El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado 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. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares”* (Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa)

responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato (art. 14, numeral 1º Ley 80 de 1993). Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado:

“En materia contractual, la administración tiene la dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, función que desarrolla, entre otras formas, a través de las cláusulas exorbitantes, caracterizadas, esencialmente, por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que, precisamente, al practicarse quebrantan la igualdad y conmutatividad propias del acuerdo de voluntades (...)El fundamento de estos poderes, reservados a la administración, es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal. En efecto, la entidad pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo, y el contratista, por su parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Sentencia del 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero, expediente 24.697. También puede consultarse la sentencia proferida el 24 de mayo de 2001, C.P. Ricardo Hoyos Duque, expediente 13.598, en la que la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo:

“De manera que la administración pública al celebrar contratos con los particulares (siempre para la satisfacción del interés público) actúa revestida de las prerrogativas que ordinariamente ostenta en el ejercicio de sus funciones, de las cuales no se despoja en la gestión contractual; privilegio que no tiene su fundamento en la *lex contractus*, ni en la naturaleza intrínseca del contrato administrativo, sino en los atributos propios de la administración pública inherentes al *imperium* del Estado, que le confieren una supremacía jurídica en todas sus relaciones jurídicas. Si el fin de todo contrato estatal es el interés público (art. 3º ley 80 de 1993) tiene justificación esta supremacía frente al interés privado que persiguen los particulares que negocian con el Estado; de ahí que esté dotada de diversos instrumentos que le permitan asegurar la realización de sus fines institucionales, tal como la decisión unilateral y ejecutoria en la cual ejerce directamente las potestades y derechos derivados de la ley y del contrato.

“La llamada potestad de autotutela declarativa se materializa en actos administrativos que como tales gozan de la presunción de legalidad y son de obligatorio cumplimiento para el contratista, quien si está inconforme con ellos

El tratadista Luis Guillermo Dávila, ha definido los poderes excepcionales o cláusulas exorbitantes como las “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 encuentra fundamentadas en la protección del interés público, cuyo fin último es la prestación adecuada del servicio y el cumplimiento de los fines estatales”. Ahora bien, aún cuando se trata de potestades exorbitantes, no quiere decir que la entidad puede hacer uso de ellas de manera arbitraria, ni en cualquier momento, pues el artículo 14 de la ley 80 es muy claro, al señalar que las mismas proceden “para el cumplimiento de los fines de la contratación”, a renglón seguido, señala que la entidad puede acudir a ella “con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”, y establece ciertos requisitos para el ejercicio de cada una, como se verá más adelante con mayor detalle. Además, el principal objetivo de estos poderes no es sancionar al contratista, sino ajustar su conducta hacia el cumplimiento del contrato para garantizar la

---

tiene la carga de impugnarlos, ya sea ante la misma administración, ya sea ante el juez del contrato. Este principio se encuentra consagrado con carácter general en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo y constituye la prerrogativa de poder público que por excelencia tiene la administración en todas las relaciones jurídicas en las que es parte, tanto en las de naturaleza extracontractual como en las contractuales, en las cuales se aplica en virtud del art. 77 de la Ley 80 de 1993 que expresamente incorpora a la gestión contractual pública las normas que rigen el ejercicio de la función administrativa.

Vale la pena aclarar que este privilegio tiene un contenido eminentemente formal, en tanto incide exclusivamente en el ejercicio de las potestades y derechos de la administración, ya que exime a las entidades públicas de la carga de acudir a la justicia administrativa para obtener el reconocimiento y efectividad de sus pretensiones, sin afectar las reglas de fondo propias del contrato y permaneciendo inalterables los principios y las normas que gobiernan las relaciones jurídicas contractuales”.

prestación continua del servicio. La Corte Constitucional ha sido clara al respecto, al señalar:

“El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas (...)

“En este orden de ideas, la defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad (...)”<sup>3</sup>.

Con todo, lo que no puede perderse de vista, es que estas potestades no son derechos<sup>4</sup>, sino que tienen una doble connotación: de un lado son prerrogativas, en tanto son poderes a los cuales puede acudir el Estado cuando ve amenazado el cumplimiento de los fines del contrato y por ende la prestación del servicio, pero al mismo tiempo es un deber, toda vez que está obligado a hacer uso de estas herramientas en las circunstancias descritas en la ley. Al decir del tratadista argentino David Blanquer, “la ley le atribuye a la Administración Pública potestades para la gestión de los intereses generales, y precisamente por su origen (la ley) y su finalidad (servir los intereses generales), son irrenunciables”<sup>5</sup>. En consecuencia, las entidades no podrán pactar cláusulas que impidan incorporar las potestades excepcionales en aquellos contratos en los que es obligatorio incluirlas de conformidad con lo previsto en el Estatuto General de Contratación.

<sup>3</sup> Op., Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009...

<sup>4</sup> Luis Guillermo Dávila. *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Bogotá (Legis, 2016).

<sup>5</sup> David Blanquer, *Los contratos del sector público*, Valencia (Tirant Lo Blanch, 2013), 361.



## **1. Del principio de legalidad.**

De otro lado, en el ejercicio de los poderes exorbitantes, la administración debe actuar con sujeción a los principios del derecho administrativo, especialmente los de legalidad y debido proceso, sobre el cual se volverá con más detalle más adelante. En relación al principio de legalidad, se tiene que en Colombia, es el legislador y no la administración el que establece cuáles son las cláusulas excepcionales que pueden incluirse en el contrato, en qué contratos pueden incluirse y bajo cuáles circunstancias puede imponerlas, pues los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones que les han sido asignadas específicamente por la Constitución y la Ley, de conformidad con los artículos 6, 121 y 122 de la Carta. En consecuencia, a la entidad pública le está vedado crear nuevos poderes o causales de caducidad, terminación, modificación o interpretación unilateral, sea en el contrato, o en los pliegos de condiciones<sup>6</sup>. El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el principio de legalidad en el ejercicio de las cláusulas exorbitantes, en los siguientes términos:

“De manera pues que el ejercicio de un poder excepcional en un contrato celebrado por la Administración requiere de una consagración y determinación legal con su modalidad, competencia, contenido, requisitos y condiciones de viabilidad, so pena de ilegalidad del acto en

---

<sup>6</sup> En palabras de Juan Ángel Palacio:

“(…) con los contratos administrativos se persigue el interés general, el bien común, la prestación de un servicio público, por lo cual su desenvolvimiento normal debe ser el cumplimiento del objeto perseguido y sólo terminarse cuando ello haya ocurrido. Esta afirmación extrae de plano la posibilidad de que se pueda terminar en una forma inconsulta por la Administración acudiendo a los mortíferos medios exorbitantes que su calidad le confiere, ordenando la caducidad o la declaración de incumplimiento, o la terminación unilateral, cuando no existan las causales legales o convencionales que la estructuran, medidas que como es normal, sólo se configuran cuando se dan los hechos previstos en ellas” (Juan Ángel Palacio, *La contratación de las entidades estatales*. Medellín, Librería Jurídica Sánchez, 2014, 428).

el que ella aplique un poder no conferido por la legislación que pueda afectar a su colaborador cocontratante; así, el servidor público responsable de la gestión del contrato conoce la órbita de competencia funcional en tratándose de su control, dirección y coerción para el debido cumplimiento del mismo y el contratista la capacidad de las autoridades y el alcance de las decisiones que éstas pueden adoptar durante su ejecución, como las consecuencias que le puede acarrear el desconocimiento de los postulados y estipulaciones que rigen la actividad que le ha sido confiada”<sup>7</sup>.

De igual forma, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha señalado que con fundamento en el principio de legalidad, las potestades exorbitantes son de interpretación restrictiva, y las entidades públicas no pueden adicionar causales de procedencia en los pliegos de condiciones ni en el contrato, so pena de nulidad del acto administrativo que se fundamente en las mismas.

### **1.1. De los contratos en los que proceden los poderes exorbitantes.**

En esta misma línea, cabe preguntarse entonces en qué contratos pueden incorporarse válidamente los poderes exorbitantes. Lo primero que debe precisarse, es que estos poderes sólo pueden ser ejercidos por aquellas entidades que están sometidas al régimen de contratación previsto en la ley 80 de 1993. Hecha esta acotación, es necesario dilucidar si proceden en todos los contratos celebrados bajo este régimen o sólo en algunos.

La Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció sobre este tema en particular, en sentencia del 30 de noviembre de 2006, y a partir del artículo 14 de la ley 80 de 1993 concluyó que pueden distinguirse tres grupos de contratos:

---

<sup>7</sup> Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, expediente 17.031.

i) Un primer grupo, en el que la ley ordena pactarlas de manera obligatoria, al punto que se entienden pactadas aún cuando no se hayan incluido expresamente en el contrato. A este grupo pertenecen 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 los contratos de obra (inciso 1º, numeral 2º del artículo 14 de la ley 80 de 1993).

ii) En el segundo grupo se encuentran aquellos contratos en los que el legislador prohíbe expresamente pactar este tipo de cláusulas, como son 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 (inciso 2º, numeral 2º del artículo 14 de la ley 80 de 1993).

iii) En el tercer grupo se incluyen los contratos en los que las entidades públicas están habilitadas para incluirlas, sin embargo, en caso de que no lo haga, no se entenderán incorporadas, es el caso de los contratos de suministro y prestación de servicios (parágrafo único, artículo 14 Ley 80 de 1993)<sup>8</sup>.

En el anterior orden de ideas, se concluye que no en todos los contratos pueden pactarse cláusulas excepcionales, e incluso existen algunos en los que el legislador lo prohíbe expresamente. Sin embargo, existe un cuarto

---

<sup>8</sup> C.P. Alier Eduardo Hernández, expediente 30.832.

grupo que no fue definido expresamente por la ley, aquellos contratos frente a los cuales el legislador no habilitó expresamente a la administración para incorporar poderes exorbitantes, pero tampoco lo prohibió. La Sección Tercera abordó este problema en la misma sentencia, y concluyó que en estos contratos no era posible incorporar poderes exorbitantes, toda vez que el legislador no había consagrado esa posibilidad:

**“En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales.**

**“Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones:**

**“De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.**

**“De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios”.**

Cabe aclarar que los poderes exorbitantes proceden en los contratos de Asociación Público Privada, en los mismo términos señalados en el Estatuto General de Contratación Pública, como lo establece el artículo 22 de la

ley 1508 de 2012: “Los contratos para el desarrollo de proyectos de Asociación Público Privada incluirán las cláusulas excepcionales, propias de la contratación pública tales como la de caducidad, terminación unilateral y las demás establecidas en la ley”.

**Finalmente, no sobra advertir que de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 14 de la ley 80, los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. Como lo ha expresado el Consejo de Estado, “cuando se rompe el equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento. A pesar del que el particular debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante que lo prive de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones convenidas”<sup>9</sup>.**

## **II) PODERES EXORBITANTES EXPRESOS.**

La ley 80 de 1993, consagra de manera expresa los siguientes poderes exorbitantes: interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral, caducidad y reversión en los contratos de concesión y explotación de bienes del Estado. Con la expedición de la ley 1150 de 2007, aparecieron las multas y la cláusula penal, aunque todavía no hay consenso en la jurisprudencia y en la doctrina sobre si deben ser consideradas poderes exorbitantes o no. Sin ahondar en el debate, considero que si bien estas prerrogativas no están consagradas expresamente en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, sí constituyen

---

<sup>9</sup> Sección Tercera, sentencia del 21 de junio de 1999, M.P. Daniel Suárez Hernández, expediente 14943.

verdaderos poderes exorbitantes, lo que debe tenerse en cuenta principalmente al observar el debido proceso.

Hecha la anterior precisión, se verá cada cláusula por separado.

### **1. De la interpretación unilateral.**

El artículo 15 de la ley 80 de 1993, señala que “si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia”. Si bien, en los contratos celebrados en el ámbito privado también es posible que los particulares lleguen a acuerdos sobre la interpretación, en ese caso se trata de un poder equivalente que por regla general responde al principio de igualdad, mientras que en el ámbito de lo público, ese poder es coercitivo.

De la norma se desprenden varios requisitos para ejercer esta potestad:

- i) La entidad sólo puede hacer uso de ella cuando surjan discrepancias sobre la interpretación de algunas estipulaciones del contrato, es decir que no puede interpretarlo en cualquier momento a su conveniencia, sino debe tratarse de estipulaciones ambiguas, confusas o contradictorias.
- ii) No se trata de cualquier discrepancia, sino que debe conducir a la paralización o afectación grave del servicio público que se busca satisfacer con el contrato, en palabras de la doctrina: “la ausencia de la

ambigüedad deslegitima el uso de esa potestad como también la presencia de tal ambigüedad pero respecto de estipulaciones que no inciden ni afectan la ejecución del contrato, por lo menos para paralizarlo”<sup>10</sup>. En consecuencia, se sugiere que en el acto administrativo de interpretación unilateral, se explique ampliamente y con detalle, las razones por las que la discrepancia sobre el sentido de la norma puede conducir a la paralización o afectación grave del servicio público.

iii) Antes de ejercer esta prerrogativa, la entidad debe tratar de llegar a un acuerdo con el contratista sobre el sentido de la cláusula. En caso de que las partes lleguen a un acuerdo, deben redactar un documento en el que se plasme claramente cuál será el sentido de la estipulación o cláusula que generó la diferencia.

iv) Sólo en caso de no lograr un acuerdo con el contratista, podrá interpretar las estipulaciones que generan diferencia, lo que deberá hacer mediante acto administrativo motivado.

v) Este poder sólo puede ejercerse mientras el contrato se esté ejecutando, pues así se colige del texto de la norma, cuando señala “si durante la ejecución...”. Así lo señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero de 1991, en la que se anuló una resolución que interpretaba una cláusula de un contrato, en razón a que la entidad demandada hizo uso de esta prerrogativa durante la etapa de liquidación del contrato:

“Aunque la ley no lo diga expresamente ese poder exorbitante de interpretación, con efectos coercitivos, tiene como límite temporal para su ejercicio la vigencia del contrato. Así, por ejemplo, en el contrato de obra pública en el que se conviene un término para la ejecución de la obra, hasta el vencimiento del mismo.

---

<sup>10</sup> Luis Guillermo Dávila. *Régimen jurídico...* 632.

Esta conclusión se desprende implícitamente del inciso primero del antecitado artículo 24, porque allí se habla de discrepancias sobre interpretación del contrato que puedan traer su parálisis o perturbar la ejecución del mismo. Es claro, entonces, que para poder hablar de parálisis o perturbación en la ejecución del contrato, habrá que partir del supuesto de su vigencia temporal. En otros términos como sucede con el ejercicio del poder exorbitante de terminación del contrato, el de interpretación unilateral no podrá ejercerse luego de la terminación normal o anormal de éste<sup>11</sup>.

Si bien, el contrato se regía por el decreto 222 de 1983, es pertinente para este momento, comoquiera que el artículo 15 de la ley 80 de 1993 reprodujo en esencia lo previsto en el artículo 24 del decreto 222<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> C.P. Carlos Betancur, expediente 5973.

<sup>12</sup> En efecto, el artículo 24 del decreto 222 de 1983 señalaba:

“Cuando surgieron discrepancias sobre la interpretación de las cláusulas del contrato que puedan traer su parálisis o perturbar la ejecución del mismo, la entidad pública convocará al contratista y le expondrá su criterio sobre la mejor manera de adelantar el cumplimiento del contrato.

Se sentará un acta con los resultados de la reunión; si no existiera acuerdo, la entidad pública, señalará la forma como el contrato debe continuar y ser ejecutado, mediante resolución motivada que se notificará conforme al Decreto ley 2733 de 1959, o las normas que lo sustituyan.

Contra la resolución que esto defina sólo procederá el recurso de reposición; en firme la decisión, el cumplimiento del contrato se hará conforme allí se disponga, sin perjuicio de las acciones contencioso administrativas que pueda intentar el contratista.

PARAGRAFO. La interpretación que conforme a este artículo pueden hacer las entidades públicas no excluye el arbitramento que se pacte en los contratos y se hará teniendo en cuenta el objeto de los mismos, el conjunto de sus cláusulas y los principios de hermenéutica prescritos en la ley. Su finalidad es de interés público pero a través de ella no podrán introducirse modificaciones a los contratos.

Sí se hubiere pactado arbitramento, no podrá: acudirse a él sin que previamente se haya cumplido lo relativo a la interpretación unilateral y lo resuelto en esta etapa no podrá ser objeto de arbitramento”.



Como puede, se trata de una potestad sumamente reglada, a la que la entidad sólo puede acudir en circunstancias especiales que pongan en peligro la prestación y la continuidad del servicio, sin que en aras de interpretar el contrato, termine modificándolo. La Corte Constitucional, al revisar la exequibilidad del artículo 15 de la ley 80 de 1993 se pronunció en los siguientes términos:

“La norma acusada autoriza a la administración para interpretar unilateralmente contratos celebrados por la administración. La misma disposición señala dos requisitos **concurrentes** para que proceda el ejercicio de la cláusula: que las disposiciones objeto de interpretación “puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del **servicio público** que se pretende satisfacer” con el contrato y, que exista un intento de acuerdo previo. Es decir, la ley únicamente autoriza a la administración a interpretar unilateralmente las cláusulas de un contrato si, a la falta de un acuerdo con la contraparte, se compromete la realización de algunos fines estatales: prestar un servicio público. En resumen, solamente procede a fin de asegurar el cumplimiento de un mandato constitucional: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” (C.P. art. 365)”<sup>13</sup>.

Por disposición del artículo 28 de la ley 80 de 1993, en el ejercicio de esta potestad, la administración debe ceñirse a los principios consagrados en esta ley, y a los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos. Además, puede acudir a las reglas de interpretación consagradas en los artículos 1618 a 1625 del Código civil. De igual forma, resultan pertinentes las reflexiones del tratadista español David Blanquer, según el cual, debe tenerse en cuenta que por regla general los contratos administrativos son negocios jurídicos “de adhesión”, por lo que es la propia Administración la que crea la oscuridad y las dudas interpretativas que se derivan del

---

<sup>13</sup> Sentencia C-1514 de 2000, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

documento que ella misma ha redactado unilateralmente y sin participación del adjudicatario, de allí que "las dudas creadas por la torpeza de la Administración al redactar el texto del contrato, no pueden beneficiar a quien tiene la culpa de la incertidumbre sobre el significado de las palabras utilizadas por las cláusulas contractuales"<sup>14</sup>. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado:

"Pues bien, en términos actuales y de una manera más general podríamos afirmar que las cláusulas oscuras deben interpretarse en contra de quien las redactó o predispuso porque siendo de su cuenta la confección de la cláusula se impone con más vigor en él la carga de la claridad pues así lo exige la buena fe contractual, en especial si se tiene en cuenta el deber de información y el deber que tiene todo contratante de velar no sólo por su propio interés sino también por el interés del otro ya que el contrato cumple finalmente con una función económica y social.

Ya se comprenderá entonces que estos deberes se aquilatan cuando se trata de la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos y se utilizan para ello los esquemas contractuales.

Pero por supuesto, se reitera, esta regla de interpretación que se viene comentando es de carácter subsidiario pues sólo puede acudir a ella si no es posible dilucidar en primer lugar con las otras reglas la común intención de los contratantes"<sup>15</sup>.

Finalmente, en caso de que la interpretación que se le dé a la cláusula, sea porque se llegó a ella de manera unilateral o por acuerdo entre las partes, le genere algún perjuicio o desequilibrio al contratista, la entidad

---

<sup>14</sup> David Blanquer, *Los contratos del sector público...* 367.

<sup>15</sup> Sentencia del 7 de julio de 2011, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente 18.762.

deberá proceder al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho el contratista y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, con el fin de mantener el equilibrio inicial

## **2. De la modificación unilateral.**

Esta potestad está consagrada en el artículo 16 de la ley 80 de 1993, que señala:

“Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo”.

Como puede verse, se trata de una potestad que está estrechamente vinculada al principio de pacta sunt servanda, si bien, al menos en principio, en los contratos celebrados en el sector privado, ninguna de las partes puede modificarlo de manera unilateral, esta regla se exceptúa en algunos casos para garantizar la prevalencia del interés general, del cumplimiento de los fines del contrato y de la prestación del servicio que se pretendía cubrir con el objeto contratado. En palabras de la doctrina, “de la ‘inmutabilidad de los pactos’ y de las recíprocas obligaciones que caracteriza al contrato sometido al Derecho Privado, se pasa a la

'inmutabilidad del fin público', a cuya satisfacción se sacrifica la bilateralidad del negocio jurídico de naturaleza administrativa"<sup>16</sup>. De este modo, el legislador autoriza a la administración para que adecúe el contrato a las verdaderas necesidades de la comunidad, pues no sería justo que por un error de planeación o de redacción, se ejecute un contrato que no corresponda a dichas necesidades y se termine desarrollando un objeto que no prestaría ninguna utilidad.

Sin embargo, es preciso advertir que en virtud de esta potestad, la entidad no puede mutar el objeto del contrato, pues ello significaría celebrar un contrato diferente que implica adelantar el proceso de selección respectivo, en otros términos, la potestad de modificar unilateralmente el contrato no puede servir de excusa para burlar los procesos de selección objetiva, comoquiera que ello no sólo atenta contra los principios de la función pública, sino que además podría acarrear sanciones disciplinarias, fiscales, patrimoniales, e incluso penales para el servidor público que valiéndose de este poder exorbitante intente evitar adelantar el trámite previsto en la ley 80 para escoger al contratista. Por eso, como dice Luis Guillermo Dávila, la modificación debe entenderse "no como sinónimo de sustitución del tipo contractual, sino como equivalente de alteraciones en el número de las cosas o en las calidades de las cosas pero preservando el objeto y la sustancia del contrato"<sup>17</sup>. Así, al modificar el contrato la entidad puede adicionar obras, suprimir, modificar los materiales que se emplearán en la ejecución del contrato, etc., pero no puede cambiar el objeto del contrato como tal.

Ahora bien, del artículo 16 de la Ley 80 se desprenden varios requisitos que deben concurrir para ejercer esta potestad:

---

<sup>16</sup> David Blanquer, *Los contratos del sector público...* 369.

<sup>17</sup> Luis Guillermo Dávila. *Régimen jurídico...* 634.

i) La entidad no puede modificar unilateralmente, por cualquier motivo, sino únicamente cuando se busque evitar la paralización del servicio público que se pretende prestar con el contrato o cuando se pretenda evitar que dicho servicio se vea gravemente afectado. En este orden de ideas, no es posible modificar unilateralmente el contrato cuando la entidad se queda sin presupuesto para seguir adelante con su ejecución, pues en ese caso no se estaría evitando la paralización del contrato, ni evitando la afectación del servicio público, al contrario, se estaría dejando de cubrir la necesidad que pretendía satisfacerse con el contrato por errores de planeación administrativa que en ningún modo autorizan a la administración para ejercer este poder exorbitante. La Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció en este sentido, en sede del medio de control de repetición, en sentencia del 11 de febrero de 2009, mediante la cual confirmó la condena impuesta al alcalde de un municipio, quien había modificado unilateralmente un contrato, aduciendo la falta de recursos económicos para terminar su ejecución, por lo que decidió suprimir un tramo de las obras. La Corporación consideró que la conducta del servidor público había sido gravemente culposa:

“Al respecto, considera la Sala que contrario a lo afirmado por el demandado, la falta de presupuesto para cubrir el valor de las obras a ejecutar por haberse agotado la mayor parte de los recursos objeto de registro presupuestal para ese negocio jurídico en particular, no constituía razón suficiente para la decisión que tomó el alcalde Becerra Ruíz, por cuanto es obligación de la entidad contratante contar con la suficiente disponibilidad presupuestal para responder por los compromisos contractuales contraídos, y el demandado, como Alcalde Municipal y representante legal de la entidad, a cuyo nombre actúa y cuyos intereses tiene la obligación de defender, estaba en el deber de realizar todas las actuaciones necesarias para dar cumplimiento al respectivo contrato.

“Si bien la situación de agotamiento del presupuesto que se presentó respecto de esta obra pública sin haberse culminado los trabajos, pudo ser consecuencia de una falta de planeación y cierto grado de

descuido en la elaboración de los estudios y análisis previos a la contratación, que condujeron a que durante su ejecución se tuvieran que efectuar mayores cantidades de obra y obras adicionales en cantidades tales que afectaron el presupuesto general que se tenía para la culminación de la pavimentación contratada, situación ésta que no le sería imputable al demandado por cuanto todavía no era Alcalde y por lo tanto no planificó ni celebró el contrato, lo cierto es que el señor **Becerra Ruíz** llegó a ocupar tal posición en plena ejecución del contrato, por lo cual, como representante legal de la entidad contratante, asumió la responsabilidad de su total y correcta ejecución, debiendo emplear todos los medios a su alcance para lograrla; por otra parte, si bien la ley le permitía modificar unilateralmente el contrato (art. 20, Decreto 222 de 1983), tal modificación era procedente sólo cuando el interés público lo hiciera indispensable, de modo que utilizar este instrumento jurídico por razones diferentes, como sucedió en el **sub-lite**, resulta constitutivo de una actuación gravemente culposa (...)

“De acuerdo con lo anterior, resulta evidente la deficiencia de su conducta, que puede calificarse como de gravemente culposa, toda vez que el Estatuto de Contratación de la Administración Pública es un ordenamiento jurídico de obligatorio conocimiento y cumplimiento por parte de los ordenadores del gasto y representantes legales de las entidades públicas”<sup>18</sup>.

ii) Antes de ejercer de modificar unilateralmente el contrato, la entidad debe intentar llegar a un acuerdo con el contratista, es decir, que esta potestad no procede de manera inmediata, sino que la administración sólo está habilitada para ejercerla si fracasa su intento de negociar con el contratista.

iii) La modificación debe plasmarse en un acto administrativo debidamente motivado, contra el cual procede el recurso de reposición. La motivación no debe ser general, sino que deben explicarse con detalle y suficiencia las razones por las cuales, de no modificarse el contrato, el

---

<sup>18</sup> C.P. Ramiro Saavedra Becerra, expediente 14.458.

mismo podría verse paralizado o el servicio público que se pretende prestar se vería gravemente afectado.

iv) Esta potestad sólo puede ejercerse durante la ejecución del contrato, toda vez que así se colige de la norma, cuando señala “Si durante la ejecución del contrato...”.

De igual forma, el inciso segundo de la norma habilita al contratista para que renuncie a la ejecución del contrato, en caso de que las modificaciones realizadas por la entidad alteren el valor del contrato en un 20% o más. Si la alteración del valor del contrato es inferior a este valor, el contratista quedará “inexorablemente obligado a ejecutar el contrato en las condiciones nuevas que surgen por la aplicación de la exorbitancia, haciéndose merecedor incluso a la declaratoria de caducidad si se desatienden con la gravedad reclamada por la ley, las obligaciones que emanan de la modificación”<sup>19</sup>.

En todo caso, cuando el valor del contrato se vea alterado en la proporción que sea, la entidad debe realizar los ajustes y compensaciones necesarios para conservar el equilibrio financiero<sup>20</sup>.

### **3. De la terminación unilateral<sup>21</sup>.**

---

<sup>19</sup> Luis Guillermo Dávila. *Régimen jurídico...* 635.

<sup>20</sup> Al respecto pueden consultarse las sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 21 de junio de 1999, C.P. Daniel Suárez Hernández, expediente No. 14.943, y el 29 de octubre de 2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth, expediente No. 21.429.

<sup>21</sup> En este acápite sólo haremos referencia a la facultad consagrada en el artículo 17 de la ley 80 de 1993, lo concerniente a la facultad de terminar unilateralmente el contrato como consecuencia de la nulidad del mismo, se tratará en otro apartado.

Esta facultad está consagrada en el artículo 17 de la ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

**Artículo 17°.- De la Terminación Unilateral.** La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3o. Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

Sea lo primero señalar, que al ser el contrato un instrumento para la consecución de los fines del Estado, la terminación anticipada del contrato es un evento anormal, pues la entidad debe procurar su completa ejecución. En esta misma lógica, la terminación unilateral sólo procede por las causales señaladas en la norma citada, de allí que no puede pactarse la facultad de terminar unilateralmente el contrato de manera discrecional. Así se lo señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado:



“Así que las terminaciones unilaterales y discrecionales de los contratos estatales no son admisibles y esta afirmación se corrobora fácilmente con sólo repasar las normas de la contratación estatal, en especial los artículos 17, 18 y 45 de la Ley 80 de 1993, de donde se desprende que la potestad que tiene la Administración para dar por terminado unilateralmente el contrato no es discrecional sino que está reglada, como toda actividad administrativa, y que debe ejercerse con fundamento en las expresas y precisas causas, y solo en ellas, que están previstas en la ley (...)

“Con otras palabras, todo lo anterior significa que la potestad exorbitante que tiene la Administración de dar por terminado el contrato no es una facultad discrecional sino que debe cimentarse en las causales previstas en la Ley y por consiguiente en ningún caso puede soportarse la decisión en una cláusula contractual que no tenga correspondencia con una causa legalmente prevista.

Y como la determinación que haya de tomar la Administración debe verse en un acto administrativo, éste no sólo debe ser comunicado sino que además debe ser debidamente motivado y en su producción ha debido hacerse efectivo el debido proceso permitiendo la audiencia y la defensa del contratista”<sup>22</sup>.

De acuerdo con lo anterior, a la entidad pública le está vedado incluir otras causales de terminación unilateral en el contrato o los pliegos de condiciones, so pena de nulidad de la respectiva cláusula y de los actos que se fundamenten en ella, es el caso por ejemplo de las cláusulas en que se estipula que el incumplimiento del contratista o la falta de presupuesto da lugar a la terminación del contrato<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Sentencia del 8 de mayo de 2013, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente 24.510. En el mismo sentido puede consultarse la sentencia del 15 de febrero de 2012, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente 19.730.

<sup>23</sup> “Así las cosas, se advierte que la Empresa Social del Estado excede sus facultades en relación con una o varias cláusulas excepcionales si a ellas les incorpora causas de terminación unilateral del contrato para eventos no establecidos en la ley de

De igual forma, la terminación unilateral siempre debe ser declarada mediante acto administrativo debidamente motivado en el que se expliquen con detalles las razones que la sustentan, la administración debe guardar especial cuidado al ejercer este poder, toda vez que su uso arbitrario o desproporcionado puede dar lugar a constituir una falta gravísima, según lo previsto en el numeral 32 del artículo 48 de la ley 734 de 2002<sup>24</sup>.

No sobra advertir, que la terminación unilateral del contrato no procede a favor del contratista bajo ninguna circunstancia, ni siquiera ante el incumplimiento de la entidad, pues una estipulación de esa clase significaría “privilegiar el interés individual sobre el interés general que envuelve la prestación del servicio público que se pretende prestar con la ejecución del objeto contractual”<sup>25</sup>.

---

contratación estatal, lo cual da lugar a la declaración de nulidad de la respectiva cláusula y de los actos derivados del ejercicio de la misma, por tratarse de una potestad de terminación unilateral que no puede ir más allá de lo permitido y regulado expresamente por la ley.

“La anterior consideración se trae al caso en cuestión toda vez que en el numeral segundo del párrafo segundo de la cláusula décimocuarta pactada en el contrato 054-97 se estableció el incumplimiento total o parcial como una causa de terminación unilateral del contrato, evento que no se encuentra contemplado dentro de las causales definidas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 y, por lo tanto, fue impropriamente incorporado y regulado por el Hospital demandado, con lo cual se arrogó en forma ilegal una competencia para declarar la terminación del contrato por incumplimiento” (Sección Tercera del 27 de febrero de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, C.P. 25.590).

<sup>24</sup> Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes (...)

32. Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello.

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 9 de septiembre de 2013, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente 25.681.

De igual forma, es pertinente precisar que la terminación unilateral del contrato no genera inhabilidad y por ende, no afecta la capacidad contractual en futuros procesos de selección, de manera tal que la entidad no puede rechazar una oferta por el hecho de que al proponente se le haya terminado unilateralmente otro contrato, y tampoco puede abstenerse de adjudicarle el contrato por esa misma razón<sup>26</sup>.

En la contratación estatal son procedentes los casos de terminación unilateral que admite el derecho privado para los contratos de mandato, cuenta corriente, suministro, seguros y transporte, sólo que no se inspiran en el interés general ni se adoptan por actos administrativos al recaer en cabeza de la parte del contrato en cuyo beneficio se hayan establecido, incluso, por tanto, en poder del contratista<sup>27</sup>.

En cuanto al límite temporal para ejercer esta prerrogativa, el Consejo de Estado, ha señalado que es posible declarar la terminación unilateral del contrato aún cuando haya vencido el plazo del mismo, siempre existan obligaciones pendientes por ejecutarse, lo que excluye la posibilidad de hacer uso de esta potestad durante la etapa de liquidación:

“Anticípese desde ahora que la competencia para terminar unilateralmente un contrato no desaparece cuando vence el plazo, porque es perfectamente posible que posteriormente se configure alguna de las causales legales que conducen a esa decisión. El error de apreciación en este tema radica en no diferenciar el plazo del contrato de la ejecución del contrato, pues si bien lo normal es que un negocio jurídico se cumpla dentro del tiempo previsto –estado usual y, además, esperado por las partes-, también cierto que con frecuencia se cumple fuera del plazo: es el caso en que el contratista incumple sus obligaciones, y termina fuera del tiempo convenido. En este evento aún

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 12 de noviembre de 2014, C.P. Enrique Gil Botero, expediente 27.986.

<sup>27</sup> Luis Guillermo Dávila. *Régimen jurídico...* 638.

existe el contrato –por tanto vincula-, pero el plazo está vencido, aunque la ejecución continúa.

“Nada de lo anterior se opone al derecho ni a la realidad, como implícita o inconscientemente lo entiende la opinión contraria. En estos términos, la terminación unilateral no se supedita al plazo del contrato – pese a que suele coincidir con el-, sino a su ejecución, la cual puede prolongarse vencido el término pactado.

“Esta posición tiene respaldo irrefutable en el inciso primero del artículo 14 de la Ley 80, que creó estas facultades excepcionales para la dirección general y para la vigilancia de la ejecución del contrato, y se sabe que puede existir contrato aún cuando venza el plazo –salvo que se pactara que con su llegada termina, lo cual requiere pacto expreso-.

“De esta manera, es incorrecto limitar su ejercicio al plazo nominal, pues no recoge el sentido íntegro del contrato, y sobre todo la posibilidad directora del negocio jurídico, en cabeza de la administración.

“En este sentido, si el Decreto-ley 222 de 1983, y también la Ley 80 disponen que la terminación unilateral se confieren para vigilar la ejecución del contrato, y también para evitar la paralización o afectación grave de los servicios públicos, ¿por qué habría de identificarse estas hipótesis con el plazo del contrato y no con su ejecución, así esté vencido aquél?

“La comprensión de esta idea se facilita con un ejemplo sencillo, ajustado al caso concreto: si una causal de terminación unilateral es la muerte del contratista, o la declaración de quiebra o la interdicción judicial, y si alguna de ellas se presenta vencido el plazo del contrato, pero vigente el negocio, ¿no podrá la administración darlo por terminado porque debió hacerlo durante el término de ejecución de las obligaciones? ¿Acaso la circunstancia ocurrió en ese momento?

No cabe la menor duda que en ese supuesto el contrato no terminó por expiración del plazo, por el contrario, sigue vigente –probablemente

porque alguna de las partes lo incumplió-, y debe terminarse unilateralmente si durante su ejecución –así sea fuera del plazo- acaece una causal del art. 17 de la Ley 80, que impone –obliga- a la administración a adoptar la medida correspondiente, mediante un acto administrativo.

“En esta línea de pensamiento queda claro, para resumir y concretar, que la terminación unilateral se puede ejercer durante la ejecución, aunque haya vencido el plazo del contrato, pero siempre que las obligaciones del contratista estén pendientes. De esta manera, ni siquiera durante la liquidación del contrato sería posible, porque la ley circunscribe la potestad a la etapa de ejecución”<sup>28</sup>.

Precisado lo anterior, es pertinente realizar algunas observaciones sobre las causales de terminación unilateral contempladas en el artículo 17 de la ley 80, las cuales presentan una característica en común: son sobrevinientes, factor que reviste capital importancia al momento de examinar si la entidad usó correctamente esta prerrogativa.

- **Terminación por exigencias de orden público y situaciones de orden público.** Se trata de una causal de aplicación restrictiva y excepcional, por lo que cuando la entidad decide terminar el contrato con fundamento en ella, la carga de motivación se hace más exigente. En este orden de ideas, no basta sólo con afirmar que el contrato se termina “por razones de orden público”, sino que es necesario explicar expresa y detalladamente cuáles son dichas razones<sup>29</sup>, en otros términos, el orden público no se

---

<sup>28</sup> Sección Tercera. Sentencia del 13 de febrero de 2015, C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz, expediente 26.938.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de abril de 2011, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, expediente 19483. En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia del 7 de septiembre de 1990, en la que la Sección Tercera manifestó:

“Cuando la administración termina un contrato en forma unilateral debe explicar claramente el porqué. Solo así el contratista podrá defender sus derechos, si considera que esos motivos no se dieron o fueron irrelevantes,

puede convertir en un comodín o excusa que la entidad pueda usar cuando considera que no será posible llevar a feliz término la ejecución del contrato, y menos aún puede servir para ocultar los errores de improvisación en que haya incurrido la entidad. De acuerdo con Juan Ángel Palacio, podrían considerarse razones de orden público que

---

y si lo hace por motivos de conveniencia, orden público o interés general tendrá que indicar en qué consisten tales motivos y cuál es su alcance. No podrá limitarse a afirmar la entidad contratante en forma genérica que la medida obedece a "razones de orden público" o "se estima conveniente" o "el orden público así lo exige", porque este equivale, como se dijo, a no decir nada.

"Las razones de orden público o de interés general, genéricamente conocidas como de conveniencia, esgrimidas por la administración deben tener entidad y relevancia y son controlables jurisdiccionalmente. Como lo ha dicho la jurisprudencia esas razones están envueltas en el control de legalidad y no en el simple control del mérito. Control de legalidad que se extiende no sólo a constatar la veracidad de los motivos expuestos, sino también a evaluar la seriedad, la pertenencia de estos y la proporcionalidad con la medida tomada.

"Aplicando estas ideas al caso aquí estudiado debe concluirse que la resolución impugnada carece de la motivación. La razón expuesta para terminar el contrato cuestionado constituye una típica motivación de comodín. Decir que, dentro de la ejecución del contrato se han presentado distintas circunstancias de orden económico y técnico que han hecho ver la conveniencia de hacer uso de la facultad consagrada en la cláusula vigésima segunda del contrato principal # 60 / 77 y que justifica la terminación del mismo", equivale a no decir absolutamente nada, a no motivar.

"¿Cuáles circunstancias de orden económico hicieron conveniente esa terminación? ¿Cuáles fueron esos motivos de orden económico? La resolución 5727 no da respuesta alguna y esos motivos, si realmente existieron debieron exponerse en el cuerpo del acto administrativo, fuera de que ni siquiera pueden desprenderse del expediente administrativo, el que, por el contrario, muestra que la conducta de la administración no fue la más ordenada y ortodoxa desde el punto de vista contractual" (C.P. Carlos Betancur Jaramillo, expediente 3106).

fundamenten la declaratoria de terminación unilateral, “cuando el objeto de un contrato estatal que se está ejecutando, al final resultará siendo más perjudicial a la comunidad, o ya se ha perdido la necesidad que se iba a atender, por razones del mismo servicio público, el contrato debe terminarse pues ejecutarle resulta más oneroso o perjudicial para la comunidad”<sup>30</sup>.

Conforme a lo anterior, no pueden alegarse como motivos de orden público, el hecho de que se haya agotado el presupuesto para seguir adelante con la ejecución del contrato, o de que no se cuente con todos los requisitos que éste precisa para su ejecución, como sería el caso de las respectivas licencias que se exigen para el desarrollo de ciertos proyectos. Cualquier declaratoria de terminación que se declare bajo estos argumentos no sólo es nula<sup>31</sup>, sino que podría acarrear la responsabilidad

---

<sup>30</sup> Juan Ángel Palacio, *La contratación de las entidades estatales...*, 488.

<sup>31</sup> La Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció sobre este caso en particular, en el que el INPEC decidió terminar unilateralmente un contrato de obra cuyo objeto era la construcción de un establecimiento carcelario, toda vez que no había sido posible obtener la respectiva licencia de construcción por parte del municipio, debido a la oposición que había manifestado la comunidad, lo que el jefe del INPEC consideró configuraba una situación de orden público que daba lugar al ejercicio de este poder exorbitante. Sin embargo, el Consejo de Estado determinó que ese hecho no era de la entidad suficiente para dar por terminado el contrato:

“En efecto, de la lectura del texto transcrito se desprende que si bien la entidad demandada expresó de manera clara las razones de oportunidad, mérito o conveniencia en que fundó su decisión de rescindir unilateralmente el contrato, estas no configuran un motivo suficiente para cambiar las condiciones bajo las cuales fue celebrado el contrato. O lo que es igual, se constata el uso arbitrario de la facultad excepcional de deshacer el vínculo con el contratista.

“En efecto, la sola oposición de un grupo de habitantes al trámite normal de una actividad administrativa, como la que se consigna en el acto administrativo acusado, no puede interpretarse -como lo hizo precipitadamente la Administración- como una causal sobreviniente a la celebración del contrato No. 537 de 1994 que permita su extinción anormal.

“A juicio de la Sala, en el *sub lite* no se considera legítimo el motivo invocado por la Administración en tanto el mismo no pone en riesgo la garantía de la *seguridad pública*, como elemento estructurante del orden público, en tanto evidencia tan sólo la oposición de un grupo de ciudadanos a la construcción del

patrimonial de la entidad e incluso del servidor público, quien además podría enfrentarse a sanciones de tipo disciplinario.

- **Terminación por muerte o incapacidad del contratista o por disolución de la persona jurídica.** Esta causal reafirma el carácter *intuitu personae* que caracteriza al contrato estatal.

---

centro carcelario, manifestación de descontento que por sí sola no alcanza a adquirir la entidad suficiente como para concluir que cambiaron abruptamente las condiciones bajo las cuales fue celebrado el contrato *sub lite*. Además, el fundamento alegado por la citada resolución, esto es la oposición a la construcción de la obra por parte de miembros de la comunidad, tampoco implica afectación de la *tranquilidad y salubridad públicas* con la entidad suficiente como para constituir un motivo que lleva a la rescisión del contrato.

No se olvide que un estudio riguroso, como el que compete a la sede judicial, de la seriedad y pertinencia de la medida adoptada, implica adelantar un **examen de razonabilidad** que exige evaluar la seriedad, pertinencia y proporcionalidad de la medida extraordinaria adoptada. Y en el *sub lite*, es claro que los motivos esgrimidos por la Administración al hacer uso de la cláusula exorbitante no revisten la entidad y relevancia indispensables que el uso excepcional de este instituto impone.

Para la Sala los motivos invocados por la entidad contratante en las resoluciones acusadas -y reiterados en su escrito de oposición a la demanda- para dar por terminado el contrato celebrado con el demandante, y que hizo consistir en la oposición de algunos moradores vecinos del lugar, no justificaban el ejercicio de ese poder exorbitante.

"Los actos enjuiciados están, pues, viciados de ilegalidad, en tanto en este evento no se está delante del ejercicio legítimo de la prerrogativa de terminación unilateral por razones de orden público, dado que la potestad legalmente atribuida no fue utilizada dentro de los cauces normativos ni fue razonablemente usada y evidencia -por el contrario- accionar arbitrario, al hacerse hecho uso de la causal por fuera de los eventos que la autorizan.

"En consecuencia, fuerza concluir entonces la ilegalidad de la determinación adoptada" (Sentencia del 6 de junio de 2007, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, expediente 17.253).



Ahora bien, en relación a la muerte del contratista, es necesario aclarar que la misma procede cuando es real o declarada judicialmente. Si la muerte recae sobre uno de los miembros del consorcio o unión temporal, también habrá lugar a declarar la terminación unilateral del contrato, toda vez que por disposición expresa del artículo 9 de la ley 80 de 1993, está prohibida la cesión entre sus integrantes.

En cuanto a la incapacidad del contratista, al revisar la constitucionalidad de la norma, la Corte Constitucional decidió declarar la exequibilidad condicionada de la misma, "en la medida en que la incapacidad física permanente impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista". Esto quiere decir, que no toda incapacidad física, aunque sea permanente, habilita a la entidad para terminar unilateralmente el contrato, sino que debe tratarse de una incapacidad que impida de manera absoluta continuar con la ejecución del contrato:

"En caso de incapacidad física del contratista, la administración deberá evaluar la situación concreta, y determinar, según sea conveniente, la posibilidad de que éste continúe con la ejecución del contrato hasta tanto sea posible, pues pueden presentarse situaciones en las cuales la persona a pesar de su incapacidad física permanente puede dar ejecución total al contrato. Así, es claro que para la aplicación de la figura, es necesario que exista relación de causalidad entre la incapacidad física con la imposibilidad del cumplimiento del contrato, pues de otra manera no existiría fundamento jurídico que habilite para la mencionada terminación, so pena de abuso de la posición de preeminencia del Estado desconociendo derechos de los particulares, pues a pesar de la existencia de los mismos debe buscarse siempre un equilibrio de las partes"<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Sentencia C-454 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

Aunque la norma no señala cómo debe determinarse la incapacidad, se recomienda antes de invocar esta causal, apoyarse en conceptos médicos o dictámenes que permitan establecer con certeza que la incapacidad que sufre el contratista, le impide continuar con el contrato. Además por tratarse de un tema de índole científico, no es aconsejable que el jefe de la entidad fundamente su decisión en su propia intuición en sus conocimientos personales.

Finalmente, en relación con la disolución de la persona jurídica, debe advertirse que si ésta se produce por un acto de voluntad de los socios, no procederá la causal de terminación unilateral, toda vez que una sociedad que se encuentre en estado de disolución, pero no esté liquidada, mantiene su capacidad jurídica para cumplir las obligaciones que había adquirido antes de la disolución, lo que no puede es adquirir nuevas obligaciones.

- **Terminación por interdicción judicial de declaratoria de quiebra del contratista.** Esta causal sólo procede cuando la providencia que declara la quiebra se encuentre debidamente ejecutoriada.
- **Cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.** El objeto de estas causales es garantizar que el contratista tenga la suficiente capacidad financiera para continuar ejecutando el objeto del contrato. concretamente, en relación al embargo judicial, se tiene que no siempre que se decreta esta medida procederá la causal, sino que debe afectar gravemente el cumplimiento del contrato, lo que puede ocurrir por ejemplo, cuando el embargo recae sobre los objetos o maquinarias que el contratista empleaba para desarrollar el objeto del contrato, siempre y cuando ello conduzca a la paralización de la obra, pues un embargo aislado no impediría la ejecución de la misma.

#### **4. De la caducidad.**

La caducidad es la potestad que tiene la entidad de terminar el contrato de manera anticipada ante el incumplimiento del contratista. La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la ha definido como una “figura de carácter sancionatorio cuyo efecto primero consiste en poner fin, de manera anticipada, a la correspondiente relación contractual en virtud de la declaración unilateral que en tal sentido realiza la entidad estatal contratante cuando se configuran las hipótesis fácticas consagradas para ello en las normas legales respectivas”<sup>33</sup>. El artículo 18 la regula en los siguientes términos:

**Artículo 18°.-** *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.

---

<sup>33</sup> Sección Tercera, sentencia del 28 de junio de 2012, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 23.361.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

Se trata de la sanción más grave que puede imponer la administración, pues como se verá trae para el contratista una serie de consecuencias adversas, entre ellas la inhabilidad para celebrar contratos:

“No obstante, la caducidad como prerrogativa exorbitante se diferencia en el estatuto de contratación estatal por ser también una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración, circunstancia que la ubica en un plano diferente: aun cuando es un instrumento jurídico que se justifica en la responsabilidad de la administración en el control y vigilancia de la ejecución del contrato, se constituye en una herramienta extraordinaria, lo cual quiere señalar que responde a comportamientos que requieren de un análisis en el que se impute responsabilidad al contratista y que denoten tal gravedad que puedan llevar a la paralización del objeto contratado”<sup>34</sup>.

Ahora bien, el fin principal de la caducidad no es sancionar al contratista, ni terminar el contrato, sino evitar que su ejecución se vea afectada de manera grave, al punto que lleve a su paralización. Es por esta razón, que no siempre que se reúnan los presupuestos para declararla, la entidad debe imponerla automáticamente, es decir, su declaratoria no es obligatoria en todos los casos, pues pueden existir eventos en los que la imposición de la caducidad puede ser más perjudicial para la continuidad del servicio público, a veces puede ser más idóneo un buen llamado de atención que una declaratoria apresurada de la caducidad. Es por ello, que la norma le da a la administración la posibilidad de abstenerse de ejercer este poder, sin perjuicio de que adopte otras medidas que garanticen la ejecución del contrato. En consecuencia, es deber del jefe de la entidad pública verificar en cada caso particular, cuál sería la mejor

---

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2012, C.P. Enrique Gil Botero, expediente 20.738.

opción, si apremiar al contratista para que cumpla con el objeto del contrato mediante otros medios, como requerimientos o la imposición de multas, o terminar el contrato mediante la declaratoria de caducidad, porque la conducta del contratista reviste tal gravedad que la conservación del vínculo contractual resultaría más gravoso para el servicio público.

De otro lado, conviene advertir que la facultad de declarar la caducidad, trae consigo la obligación de liquidar el contrato, bien sea bilateral o unilateralmente, es decir, el hecho de que se haya declarado la caducidad del contrato, no exime a la entidad de su deber de intentar primero la liquidación bilateral con el contratista, pues como se verá más adelante, la liquidación unilateral procede únicamente cuando la primera haya fracasado, sin importar la manera como haya terminado el contrato.

En el anterior orden de ideas, podemos afirmar que para declarar la caducidad del contrato, deben reunirse los siguientes presupuestos, cada uno de los cuales es de obligatorio cumplimiento, de manera que la ausencia de uno de ellos afectaría la legalidad del acto que declara la caducidad, lo que traería para la entidad la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados al contratista con su conducta ligera o apresurada<sup>35</sup>:

a) Incumplimiento del contratista.

Como ya se mencionó, la posibilidad de declarar la caducidad del contrato surge únicamente ante el incumplimiento del contratista, pero no

---

<sup>35</sup> Sobre el particular pueden consultarse las sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 12 de junio de 2013, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, expediente 27.199, y el 26 de junio de 2014, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, expediente 26705.

se trata de cualquier incumplimiento, sino de un incumplimiento cualificado que afecte de manera grave la ejecución del contrato y amenace con paralizarlo. Si bien, el contrato, tiene un objeto principal que es que da origen a su celebración, en el mismo también se pactan múltiples obligaciones a cargo del contratista, como por ejemplo entregar informes periódicos a la interventoría o facturas, en consecuencia, es deber de la entidad distinguir entre aquellas obligaciones que son determinantes para el desarrollo del objeto contractual y aquellas que no lo son, toda vez que el incumplimiento de estas últimas no puede dar lugar a la declaratoria de caducidad. Como lo ha señalado el Consejo de Estado, “ese incumplimiento debe ser de tal magnitud que afecte de manera *grave y directa* la ejecución del contrato y se evidencie que conduce a su paralización”<sup>36</sup>.

De igual forma, si existe un incumplimiento que puede afectar de manera grave la ejecución del contrato, pero a partir de las circunstancias se observa que el contratista puede salir adelante, lo más aconsejable es abstenerse de declarar la caducidad y conminar al contratista a través de otros medios.

b) Inexistencia de un incumplimiento determinante por parte de la entidad.

El incumplimiento del contratista no puede derivarse, ni pudo haber sido ocasionado por acciones u omisiones de la entidad pública, es decir, que si ésta de algún modo incidió con su conducta en el incumplimiento del contratista, no puede declarar la caducidad del contrato, pues nadie puede sacar provecho de su propia culpa<sup>37</sup>. Nos encontramos ante el caso

---

<sup>36</sup> Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero, expediente 24697.

<sup>37</sup> Al respecto puede consultarse la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo

de la excepción de contrato no cumplido, que aunque también procede en materia de contratación pública, para su configuración está sujeta al interés general y al cumplimiento de varios requisitos, según lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*“Desde entonces se ha aceptado por la jurisprudencia que la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos del Estado se encuentra condicionada a los siguientes supuestos: i) La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla “do ut des” (te doy para que me des); ii) El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; iii) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, iv) que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone; y que ha de justificarse por la configuración de aquel; v) El cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión sería cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente”<sup>38</sup>.*

De acuerdo con lo anterior, no cualquier incumplimiento de la entidad da lugar a que se configure la excepción de contrato no cumplido, sino que debe tratarse de un incumplimiento que “de tal magnitud, que en verdad lo ha puesto [al contratista] en una razonable imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, es decir que se admite esta defensa pero en forma restringida”<sup>39</sup>.

---

de Estado, el 15 de marzo de 2001, C.P. Ricardo Hoyos Duque, expediente 13415.

<sup>38</sup> Sentencia del 31 de agosto de 2006, C.P. Mauricio Fajardo Gómez expediente 14.287.

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de agosto de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth, expediente 14461.

Pueden considerarse comportamientos de la entidad que son determinantes en el incumplimiento del contratista, diseños mal elaborados que implican retardos en la ejecución del contrato, falta de pago oportuno por parte de la entidad que afecta la estabilidad financiera del contratista, la no iniciación del contrato en el tiempo estimado por la falta de algún requisito que la entidad estaba en la obligación de obtener, como el CDP o alguna licencia.

- No puede imponerse súbitamente.

La administración debe mantener una actitud activa y exigente frente al comportamiento del contratista. Si bien, no es estrictamente necesario que antes de declarar la caducidad, la entidad imponga multas, al menos si debe haber requerido previamente al contratista para exhortarlo a cumplir con sus obligaciones. Así lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“(…) Si la declarativa de caducidad es el aniquilamiento de la relación contractual, es apenas obvio que una medida de tanta trascendencia en el contrato no se tome de manera sorpresiva para el contratista y se le brinde la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales. Distinto sería el caso cuando el contratista incumplido al menos está advertido de las consecuencias de su proceder en cuanto la administración le haya dado a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento (requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas, avisos por faltantes, etc.), con lo cual la declaratoria de caducidad no siempre será intempestiva y permitirá un análisis particular de los antecedentes en cada caso<sup>40</sup>”.

Además es imprescindible que la entidad garantice el derecho al debido proceso del contratista, de conformidad con los artículos 77 de la ley 80 de

---

<sup>40</sup> Sentencia del 30 de enero de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 20.342.



1993<sup>41</sup>, 17 de la ley 1150 de 2007<sup>42</sup> y 86 de la ley 1474 de 2011<sup>43</sup>, como quiera que la caducidad no sólo es un poder exorbitante, sino que una expresión

---

<sup>41</sup> **Artículo 77°.-** De la Normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

<sup>42</sup> **ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.** El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

**PARÁGRAFO.** La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

<sup>43</sup> **ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO.** Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de

de la potestad sancionadora del Estado. En consecuencia, antes de imponer la caducidad, la entidad debe adelantar un procedimiento en el cual le dé la oportunidad al contratista de expresar su punto de vista, defenderse y presentar pruebas. De igual forma, en dicho procedimiento, la administración debe explicar detalladamente los hechos de incumplimiento que darán lugar al ejercicio de esta potestad. De no observarse el debido proceso, el acto estará viciado de nulidad, aún cuando en efecto el contratista haya incurrido en un incumplimiento grave que amenaza con paralizar la ejecución del contrato. Sobre este tema se volverá con mayor detalle más adelante.

---

interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

La declaratoria de caducidad trae los siguientes efectos:

- La entidad contratante puede tomar posesión de la obra o continuar inmediatamente la ejecución del objeto contractual, a través del garante o de otro contratista.
- El contratista pierde todo derecho a indemnización.
- Constituye el siniestro de incumplimiento, por lo que la entidad puede cobrar la garantía única de cumplimiento.
- Puede hacerse efectivo el cobro de la cláusula penal pecuniaria pactada.
- Debe liquidarse el contrato en el estado en que se encuentre. Como ya se mencionó, aún cuando la terminación del contrato sea consecuencia de la declaratoria de caducidad, la entidad debe intentar primero la liquidación bilateral y sólo cuando ésta fracase podrá realizar la liquidación unilateral.
- El contratista queda inhabilitado para celebrar contratos durante cinco (5) años contados a partir de la firmeza del acto que declara la caducidad, sin que sea necesario que en el mismo se haga pronunciamiento expreso sobre la inhabilitación, toda vez que la misma procede por ministerio de la ley y no por voluntad de la administración.

Ahora bien, doctrinantes como Luis Guillermo Dávila consideran que el hecho de cobrar la garantía única de cumplimiento y la totalidad de la cláusula penal es una determinación "arbitraria y confiscatoria e improcedente", ya que "la póliza de cumplimiento cubre el pago de los perjuicios que produce el incumplimiento de la obligación del contratista y la cláusula pecuniaria regula los perjuicios que de manera anticipada las partes han estimado que produce el incumplimiento de la obligación"<sup>44</sup>, por ende, la garantía cubriría los perjuicios de la cláusula, de manera que si

---

<sup>44</sup>Luis Guillermo Dávila. *Régimen jurídico...*, 663.

el amparo de la póliza es menor que el valor estimado en la cláusula, la entidad debe reclamar el saldo restante y no la totalidad de la cláusula penal.

En relación al límite temporal para declarar la caducidad, actualmente la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, señala que la entidad sólo puede ejercer esta potestad mientras se encuentra vigente el plazo de ejecución del contrato, por ende, en el evento de que el plazo de ejecución haya vencido y quedan obligaciones pendientes, y el contratista decide continuar adelante con la ejecución, la entidad no puede declarar la caducidad, toda vez el comportamiento del contratista no significa de ninguna manera la extensión del plazo de ejecución:

“12 Una de las inquietudes que a lo largo del tiempo ha acompañado a la facultad de declarar la caducidad de un contrato, hace referencia a la oportunidad dentro de la cual se puede expedir el correspondiente acto administrativo. Habida cuenta de que la norma no dispone expresamente al respecto, ha sido la jurisprudencia de la Sala la fuente para definir si sólo es posible decretar la caducidad dentro del plazo para la ejecución del contrato, esto es, durante el período en el que el contratista se encuentra legal y contractualmente habilitado para cumplir con las obligaciones contraídas, o si la posibilidad de proferir el acto correspondiente se extiende hasta cuando el contrato no haya sido liquidado, es decir, con posterioridad al vencimiento del plazo acordado para la ejecución del contrato (...)

“14 Al respecto, la Sala, a través de este pronunciamiento, reitera la posición jurisprudencial transcrita, en el sentido de que **una vez expirado el término de ejecución del contrato no es posible decretar la caducidad** y se permite añadir, por considerarlo pertinente, las siguientes reflexiones (...) –Negritas fuera del texto original–.

“14.7 En el asunto *sub judice*, el contrato celebrado entre las partes comprende diferentes obligaciones y derechos, y corresponde a aquellos cuyo cumplimiento íntegro o total requiere del cumplimiento singular de una serie de prestaciones sucesivas o continuas, como las actividades para el montaje e instalación del puente y, en tal sentido, no es susceptible de ser ejecutado en su totalidad en un solo momento. Así, con anterioridad al momento de exigir el cumplimiento final de la prestación principal, es decir, **antes del vencimiento del plazo para la entrega final de la obra, han debido verificarse por parte de la entidad estatal las entregas parciales respectivas, puesto que la naturaleza del contrato<sup>45</sup> indica que si tales actividades no se han desarrollado de manera idónea y oportuna, no podrá entregarse la obra completa dentro del plazo acordado –Negritas fuera del texto original–.**

14.8 En ese orden de ideas, la Sala concluye que **las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad;** todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro

---

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2007, expediente n.º AP-369, C.P. Ramiro Saavedra Becerra: “La naturaleza jurídica de un contrato puede definirse como el cauce sobre el cual transcurre la corriente de las disposiciones contractuales, las cuales tienen como afluentes a las normas jurídicas, la común intención de las partes, la buena fe, la costumbre y la equidad natural. Al nacimiento de esa corriente concurre la causa, en el recorrido de la misma y en su desembocadura están presentes los efectos, y hacen las veces de dique, para impedir su desbordamiento, las normas imperativas. El cauce ha sido construido sobre bases prácticas primero, y dogmáticas después, para, posteriormente, ser consagrado positivamente en diferentes períodos de la evolución jurídica, y moldeado en función de las necesidades materiales de los particulares y del Estado”.

del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad – Negrillas de la Sala-.

14.9 De tal forma, al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico – que aquí claramente coinciden–, **constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma**, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, 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...”* y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado –Negrillas de la Sala-.

14.10 Como argumento final, el bien jurídico que se ampara, esto es, la ejecución del objeto contratado, no se puede proteger mediante la declaratoria de caducidad cuando el plazo para la ejecución del contrato –pactado originariamente en el contrato o en la adición u otrosí que para el respecto se suscriba– haya expirado. **Si bien es cierto que en ocasiones el contratista ejecuta obras pactadas después de expirado el plazo, incluso con la aquiescencia de la entidad, tal comportamiento no genera jurídicamente extensión alguna del plazo de ejecución, puesto que un contrato que es solemne por prescripción legal<sup>46</sup> –como el contrato estatal y dentro de este, por supuesto, la cláusula que establece el plazo de ejecución–, solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario, dado**

---

<sup>46</sup> “Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. (...)” “Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”

que la convención modificatoria está tomando el lugar del contrato originario y la solemnidad que se predica legalmente de éste, se exige para reconocer existencia, validez y eficacia a la convención que lo modifica<sup>47</sup><sup>48</sup> –Negrillas fuera del texto original-.

De acuerdo con lo anterior, es deber de la entidad verificar a medida que se va ejecutando el contrato, si su objeto podrá ejecutarse completamente, lo que obliga a la administración a conservar una actitud de alerta y monitoreo constante sobre la conducta del contratista, pues el hecho de declarar la caducidad por fuera del plazo de ejecución del contrato acarrea como consecuencia inexorable la nulidad del acto por falta de competencia temporal. En todo caso, la entidad debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 52 de la ley 1437 de 2011, según el cual “la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiese ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado”. De expedirse el acto que declara la caducidad dentro del plazo de ejecución del contrato, pero transcurridos tres años después del hecho que dio lugar a su imposición, el acto también estará viciado de nulidad por falta de competencia temporal, pero porque ya caducó la facultad de ejercer la potestad sancionadora. Así lo señaló el Consejo de Estado en auto del 27 de febrero de 2013:

---

<sup>47</sup> El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla al señalar que: “[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, de suerte que el consentimiento mutuo para modificar o adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales, por ende a las solemnidades, que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente n.º 15596, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 12 de julio de 2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth, expediente 15.024.

“Aduce el actor que la vulneración a la norma objeto de estudio en este punto se concreta en que mediante la Resolución N° 469 del 29 de septiembre de 2011, la demandada impuso sanción pecuniaria con ocasión de los incumplimientos en que incurrió el contratista de las obligaciones relativas a la no construcción de un centro de control de operaciones y la no construcción y puesta en funcionamiento de estaciones de pesaje entre el 17 de noviembre de 2007 y el 16 de abril de 2008, respectivamente, esto es, por fuera de los tres años previstos en la norma, excediendo de esta forma sus facultades y vulnerando la garantía fundamental de respeto a las formas procedimentales.

(...)

“Ahora bien, el acta de inicio de ejecución del contrato se suscribió el 16 de mayo de 2007, razón por la cual el contratista incurrió en incumplimiento de su obligación desde el 17 de noviembre de 2007. A esta conclusión también se arriba con facilidad al revisar el acto administrativo objeto de impugnación en tanto que en dicha decisión la ANI señaló expresamente que a la fecha de proferirse el acto ya habían transcurrido más de tres (3) años de incumplimiento del contratista, en estos términos:

(...)

“Así las cosas, teniendo en cuenta que el 16 de mayo de 2007 se suscribió acta de inicio de ejecución del contrato, que según Oficio PM-IN- - 1194-2010, Radicado 2010-409-030762 la interventoría Consorcio PM Interventoras, la caseta de peaje “el placer” había sido entregada desde el 16 de enero de 2008 y que las obligaciones a cargo del contratista debían cumplirse dentro de los tres (3) meses después a la entrega de la caseta<sup>49</sup>, el contratista incurrió en incumplimiento de su obligación desde el 16 de abril de 2008.

“En este orden de ideas, es claro que mediante la Resolución impugnada se impuso sanción pecuniaria por el incumplimiento de las obligaciones contractuales en las que el contratista incurrió entre el 16 de noviembre de 2007 y el 16 de abril de 2008, que la multa por concepto de este incumplimiento fue expedida el 29 de septiembre de 2011 y notificada el 4 de noviembre de 2011 (folio 115, c1) esto es por fuera de los tres años previstos en la norma.

“De lo expuesto se concluye, que sin necesidad de realizar un estudio de fondo que implique efectuar un ejercicio interpretativo minucioso o mayores valoraciones probatorias, para la Sala es claro que del sólo análisis objetivo de las fechas en las cuales el contratista incurrió en incumplimiento de sus obligaciones y de las que fueron expedidos y

---

<sup>49</sup> conforme lo estipulado en el Apéndice B1, numeral 1.2, conforme al cual el contratista en un plazo máximo de tres (3) meses calendario contados a partir de la fecha del acta de entrega debía realizar las adecuaciones respectivas sobre la caseta de peaje que le fue entregada, “razón por la cual tenía plazo hasta el 16 de abril de 2008 para terminar las adecuaciones a que se comprometió” (folio 90 del c1),



notificados los actos administrativos por medio de los cuales se impuso multa con ocasión de los mismos, se vislumbra a todas luces una vulneración evidente, notoria o palmaria, de los términos previstos en la norma superior cuya transgresión se alega.

“Ahora bien, como ha sido reconocido, según jurisprudencia reiterada tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, el establecimiento de un término preclusivo de la facultad sancionadora de la administración se constituye en un elemento del derecho al debido proceso, razón por la cual, con su transgresión se pone en juego su garantía, aspecto este que si bien deberá ser decidido de manera definitiva en la sentencia, una vez el funcionario judicial tenga a su disposición los elementos probatorios y argumentativos expuestos por las partes en el proceso, por la relevancia que conlleva deberá ser advertido por esta Subsección en esta oportunidad procesal.

(...)

“Conforme a lo expuesto, la Sala accede a la solicitud de suspensión provisional de las Resoluciones impugnadas, como quiera que de la sola confrontación del texto de las mismas con el artículo 38<sup>50</sup> del Código Contencioso Administrativo, se hace notoria o evidente la transgresión en que incurrió la demandada, sin que para ello se requiera entrar a un estudio respecto de los demás cargos formulados por la parte actora, más aún teniendo en cuenta que para la fecha en que las mismas fueron expedidas la administración carecía de competencia para ello<sup>51</sup>.

Finalmente, existen algunos casos especiales en los que el legislador también autoriza a la administración para declarar la caducidad del contrato, aunque la misma no se origine precisamente en el incumplimiento del contratista, pero sí en una infracción de su parte. Estos casos se presentan en los siguientes supuestos:

---

<sup>50</sup> El artículo 38 del decreto 01 de 1984 fue reproducido en términos similares en el artículo 52 de la ley 1437 de 2011.

<sup>51</sup> Sección Tercera, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente 45316.

- Cuando el contratista cede injustificadamente ante las amenazas proferidas por grupos armados al margen de la ley (artículo 90 de la ley 418 de 1997, en concordancia con el artículo 5° de la ley 80 de 1993).
- Cuando el contratista es declarado fiscalmente responsable por hechos derivados de la ejecución del contrato, la entidad debe declarar la caducidad del mismo siempre y cuando no haya vencido el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado (artículo 61 de la ley 610 de 2000).

## **5. De la cláusula de reversión.**

La reversión es la estipulación en virtud de la cual, en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasan a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna (art. 19, ley 80 de 1993). Esta prerrogativa “tiene su fundamento en la necesidad de cumplir con las necesidades públicas que se satisfacen con el contrato terminado al que estaban afectos los bienes, que entran a formar parte del patrimonio estatal”<sup>52</sup>. En ese caso, el título y el modo constitutivos del derecho de dominio surgen por ministerio de la ley, ipso facto, es decir, una vez se cumplen los presupuestos para que opere la cláusula.

La cláusula de reversión se entiende incorporada en los contratos señalados, aún cuando no se pacte expresamente, de conformidad con lo previsto en el numeral 2° del artículo 14 de la ley 80 de 1993, según el cual, “en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión”. En consecuencia, no es necesario que la

---

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 23 de noviembre de 2005, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, expediente 10172.

entidad y el concesionario pacten mediante escritura pública, cuáles serán los bienes que se revertirán, pues por disposición del legislador, se entiende que serán todos aquellos que fueron destinados para la explotación o concesión según el caso<sup>53</sup>.

No se trata de una expropiación sin indemnización, toda vez que al estimar el precio del contrato, el concesionario incluye el precio de los bienes que serán objeto de la reversión, por lo que para el momento en que expira el plazo de ejecución del contrato, ya ha recuperado la inversión. En otros términos, los bienes no ingresan al patrimonio del Estado de manera gratuita, pues ésta ya pagó por ellos al celebrar el contrato y a medida que se fue ejecutando. Así lo señaló la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 19 de la ley 80 de 1993:

“Como lo ha anotado la doctrina que existe sobre la materia, la eficacia jurídica del plazo pactado de duración del contrato permite la amortización de la inversión, por cuanto como es de la naturaleza del contrato, todo concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, y como quiera que ha destinado un conjunto de bienes y elementos para llevar a cabo el objeto del contrato, tiene que amortizar el capital durante el término de la concesión o incluso antes, según ocurra la reversión o la transferencia.

Jurídicamente la transferencia se justifica en la medida en que ella obedece a que el valor de tales bienes está totalmente amortizado, **siempre y cuando se encuentren satisfechos los presupuestos del vencimiento del término**. Ese valor de los bienes que se utilicen para el desarrollo y ejecución del contrato de concesión, se paga por el Estado al momento de perfeccionar la concesión (Negritas fuera del texto original).

---

<sup>53</sup> Al respecto puede consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 16 de junio de 1994, C.P. Daniel Suárez Hernández, 5729. expediente

“Dentro del proceso administrativo, es del caso manifestar que la adjudicación del contrato administrativo da lugar al posterior acuerdo de voluntades en el momento de perfeccionarse el contrato, aspecto que demuestra que el interesado en contratar con el Estado debe prever las circunstancias económicas referidas a cada contrato al presentar la propuesta respectiva (...)

“Por consiguiente, el valor económico y pecuniario de los equipos y bienes que en razón de la cláusula de reversión se traspasan a la Administración, se encuentra plenamente compensado desde el momento de la firma del contrato, situación que no sucede con la expropiación, por cuanto en ésta, al decretarse por razones de equidad, el legislador previó el lleno de los requisitos constitucionales, adopta la decisión de expropiar el bien del cual es titular un particular, sin reconocer en beneficio de éste, indemnización ni compensación alguna (...)

“(...) en relación con el contrato de concesión, cuando opera la reversión, no se consolida derecho a compensación alguna en favor del concesionario, existiendo en cabeza de éste una remuneración que se ha ido produciendo en la medida en que el contrato se encuentra en vía de ejecución y desarrollo, lo que le permite amortizar los costos de la inversión”.

“Ahora bien, resulta pertinente manifestar que la presunción de conocimiento de la ley respecto de la cláusula de reversión en los contratos administrativos en lo que hace referencia a la destinación de los bienes que se utilizan en la concesión, permite que exista total claridad en torno a la titularidad última del dominio de dichos bienes, lo que lleva a que el valor respectivo se incluya desde el mismo momento de la presentación de la oferta, de tal manera que el monto de los bienes que se traspasan al Estado se compense desde el mismo momento de la firma del contrato”<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Sentencia C-250 del 6 de junio de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara.

De acuerdo con lo anterior, lo que ocurre en la cláusula de reversión es que el Estado va pagando la compensación respectiva por los bienes que ingresarán a su patrimonio, a medida que el contrato se va ejecutando y no cuando el plazo expira. En este orden de ideas, debe advertirse que cuando por algún motivo el contrato termina antes de lo esperado, el Estado sí está obligado a compensar el valor de los bienes que serán objeto de reversión, en la proporción que no pudo ser amortizada por el concesionario. Así lo expresó el Consejo de Estado en sentencia del 31 de enero de 1997, en la que declaró la nulidad de un contrato de concesión y resolvió que debía aplicarse la cláusula de reversión sobre todos los bienes que estaban afectados a la concesión, pero en razón a que el contrato había terminado anticipadamente y el concesionario no había alcanzado a recuperar toda la inversión, la entidad debía compensarle el valor de aquellos bienes cuyo valor no se había amortizado:

“Las prestaciones en este contrato de ejecución sucesiva estaban casi todas a cargo de la concesionaria, que además de tener la obligación de destinar unos bienes muebles e inmuebles a la fabricación y almacenamiento del licor, los cuales revertirían al departamento al vencimiento del plazo del contrato, debía pagar una renta anual al departamento, a cambio de la exclusividad en la producción explotación y distribución de licores en el departamento.

“El concesionario obligado a aportar unos bienes propios, muebles e inmuebles, con destino a lograr la explotación del bien o servicio dado en concesión, con la expectativa de que estos revertirán a la entidad estatal al vencimiento del contrato, inicia su ejecución con una inversión que pretende amortizar durante todo el tiempo de ejecución del mismo. En el caso que ahora se estudia, el contratista realizó la inversión total, con miras a recuperarla durante el plazo de ejecución del contrato (20 años), pero ahora ve frustrado dicho derecho por la terminación anticipada del mismo, como consecuencia de la declaración judicial que se decretará por esta providencia.

“En nuestra legislación no está prevista la solución que debe adoptarse para el evento que ahora se analiza, es decir, para cuando el contrato de ejecución sucesiva en el cual se pactó la reversión, termina antes del término pactado.

“En la doctrina extranjera, el tratadista Jorge Escola, que en su obra Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Tomo II, págs. 136 y 137, dice al respecto. “ Pero si la concesión se extingue por una causa que no es imputable al concesionario, antes del vencimiento del plazo contractual establecido, es decir, antes de que aquél haya alcanzado la total amortización de sus bienes, la reversión gratuita no procede, y en ese caso la administración estará obligada a indemnizar al concesionario por los bienes cuyo dominio adquiera por la reversión, en la proporción que corresponda al período contractual no cumplido, o sea, en relación con los valores que no hayan sido amortizados.”

“A la fecha de esta sentencia el contrato se debe haber ejecutado aproximadamente durante 6 años, contados a partir de marzo 20 de 1991, es decir, ha corrido casi el 30% del plazo contractual, y en ese mismo porcentaje teóricamente había de transferirse la empresa al Departamento para cumplir el pacto de reversión. Ahora bien, como dicha solución no resulta viable física ni económicamente, la Sala estima equitativo y razonable que la contratista haga transferencia de la totalidad de los bienes muebles e inmuebles directamente afectados a la ejecución del contrato que aquí se anulará al Departamento y éste, a título de compensación, pagará a aquella lo correspondiente al porcentaje no amortizado. Esta solución garantizará el ejercicio pleno del monopolio de fabricación de licores por el Departamento y el resarcimiento económico para la contratista.

“En este caso el departamento tenía como uno de sus derechos dentro del contrato, la expectativa de adquirir, gracias a la reversión pactada, la propiedad de todos los bienes destinados a la concesión, bienes que en su función de producir licor solo pueden ser utilizados por el departamento dado que la ley ha consagrado en su favor el monopolio de tal actividad.

“En otros términos, para la Sala, aplicando principios de justicia y equidad y bajo el entendimiento de que tanto para el departamento, porque necesita la fábrica, como para el particular porque no puede dedicar esos bienes a la explotación de licor, encuentra más equitativo que todos los bienes que la sociedad Inversiones Córdoba Ltda. destinó conforme al contrato a la producción de licor, reviertan al departamento de Córdoba; y este a su vez, deberá pagarle a esa sociedad el valor de dichos bienes, en el porcentaje correspondiente al término no ejecutado del contrato, es decir, pagará el valor que la concesionaria no alcanzó a amortizar”<sup>55</sup>.

Por último, es necesario precisar que los bienes que ingresan al patrimonio del Estado son los que estuvieron directamente afectados al servicio que se pretendía satisfacer con el contrato, “de manera que sin ellos aquel se resiente por resultar indispensables para su prestación, lo que origina la necesidad de mantenerlos”<sup>56</sup>. En algunos casos pueden surgir dudas sobre cuáles bienes deben revertirse, en estos eventos, al decir de Dávila Vinuesa, siguiendo al tratadista argentino Héctor Escola, interpretación siempre debe hacerse a favor del derecho de propiedad del concesionario.

### **III. OTRAS PRERROGATIVAS A FAVOR DEL ESTADO.**

Además de los poderes exorbitantes consagrados en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, la ley 80 y la ley 1150 de 2007 consagran otras prerrogativas a favor del Estado. Sin entrar en la discusión de si se trata de poderes exorbitantes o no, lo cierto es que son instrumentos con que cuenta el Estado para lograr el cumplimiento del contrato y velar por la preservación del patrimonio público. Estas prerrogativas son: la terminación unilateral

<sup>55</sup> Sección Tercera, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, expediente 10498.

<sup>56</sup> Luis Guillermo Dávila. *Régimen jurídico...* 677.

como consecuencia de la nulidad del contrato, la terminación tácita de los contratos de interventoría, la declaratoria de incumplimiento, la declaratoria del siniestro, la imposición de multas y cláusula penal y la liquidación unilateral. A continuación veremos cada una por separado.

### **1. Terminación unilateral como consecuencia de la nulidad del contrato.**

El artículo 45 de la ley 80 de 1993, establece en cabeza de la entidad el deber de terminar unilateralmente el contrato cuando se configuren las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la misma ley, es decir, en los siguientes eventos:

- Cuando el contrato se celebre con personas incursoas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley.
- Cuando el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional.
- Cuando se declare la nulidad de los actos administrativos que fundamentan el contrato.

Ahora bien, si se presentan los supuestos de nulidad absoluta consagrados en los numerales 3<sup>o57</sup> y 5<sup>o58</sup> del artículo 44 de la ley 80 de 1993, la entidad no está habilitada para declarar la terminación unilateral del contrato, sino que no le queda más remedio que impetrar el medio de control de controversias contractuales y solicitar la nulidad del contrato.

---

<sup>57</sup> Cuando el contrato se celebre con abuso o desviación de poder.

<sup>58</sup> Cuando el contrato se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.



Como ya se señaló, más que de una facultad se trata de un deber, pues a diferencia de la terminación unilateral consagrada en el artículo 17 de la ley 80 de 1993, que está sujeta al examen de conveniencia que realice la entidad, el artículo 45 señala claramente que cuando se de alguno de los eventos de nulidad mencionados, el “jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”, es decir que se trata de una decisión imperativa y perentoria para el jefe de la entidad que no admite ningún examen de conveniencia<sup>59</sup>. Es así, como a la administración se le otorga “el privilegio de la autotutela declarativa con el fin de velar por la legalidad de sus contratos”<sup>60</sup>, sin que pueda abusar del mismo, razón por la cual la declaratoria de terminación unilateral siempre debe realizarse por medio de acto administrativo debidamente motivado, en el que se expliquen con detalle las razones por las que se configura la causal de nulidad absoluta respectiva y además se expongan las pruebas que sustentan su existencia:

“Esta forma de terminación unilateral del contrato constituye una facultad excepcional de la Administración en preservación del interés público cuando quiera que se haya vulnerado el ordenamiento jurídico por la celebración de un contrato que presenta vicios constitutivos de nulidad absoluta, pero tal facultad no puede convertirse en arbitrariedad, puesto que el jefe o representante legal de la entidad deberá materializar su voluntad de terminación, mediante la expedición

---

<sup>59</sup> “La terminación unilateral de que trata el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 constituye un deber legal a cargo de las Entidades Estatales que a la postre se traduce en la obligación de proceder en tal sentido, cuando quiera que se presente el hecho o supuesto de la norma, mientras que la terminación unilateral prevista por los artículos 14 y 17 de la misma normatividad, implica el ejercicio de una facultad por parte de la Administración que, por ende, conlleva al análisis del evento específico y, según la situación, podrá determinar la viabilidad de continuar con la ejecución del contrato o definitivamente disponer la terminación del mismo por las razones sobrevinientes establecidas por la normatividad” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, C.P. Myriam Guerrero, expediente 15797).

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2002, C.P. Ricardo Hoyos Duque, expediente 20923.

de un acto administrativo, el cual deberá estar debidamente motivado esto es, contar con fundamentos probatorios suficientes que demuestren la ocurrencia del hecho invalidante del contrato y den certeza de que en realidad se incurrió en una de las precisas causales de nulidad absoluta del contrato anteriormente citadas.

Ahora bien, en caso de que la causal de nulidad que se presente, sea diferente a las consagradas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la ley 80 de 1993, la entidad no podrá declarar la terminación unilateral:

“Si se presentara un vicio diferente de los consagrados en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es decir, cuando los hechos son constitutivos de alguna de las otras dos causales establecidas en la citada norma, el representante de la entidad estatal no estaría facultado para declarar la terminación unilateral del contrato, no obstante la existencia de una nulidad absoluta, puesto que la ley no le da tales prerrogativas; en esos precisos eventos, solo podrá intentarse la acción contractual de nulidad absoluta del contrato”<sup>61</sup>.

Otra diferencia fundamental entre la terminación unilateral consagrada en el artículo 17 de la ley 80 y la prevista en el artículo 45 del mismo cuerpo normativo, es que en este último caso por tratarse de un deber de la entidad, procede en todos los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación Pública y no sólo en algunos, como ocurre con la potestad consagrada en el artículo 17, que incluso está prohibida en algunos contratos. Esto obedece a que el propósito del imperativo consagrado en el artículo 45 es salvaguardar el interés general y la legalidad del contrato. Así lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“Obsérvese que la connotación de una y otra terminación unilateral, es completamente distinta y, por ende, el tratamiento en uno y otro evento

---

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 1º de diciembre de 2008, C.P. Myriam Guerrero Escobar, expediente 15603.

es también diferente.

“La primera precisión que podría realizarse a este respecto es que si la obligación establecida por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 se equiparara a la facultad de terminación unilateral consagrada por el artículo 14 ibídem, la entidad estatal estaría supeditada al pacto contractual que en tal sentido acordaran las partes en los contratos donde la inclusión de las mismas resulta facultativa y, así mismo, se encontraría en la imposibilidad de ejecutar el mandato en aquellos contratos en los cuales estuviera expresamente prohibido introducir cláusulas excepcionales.

“Por consiguiente, la norma imperativa contenida en el inciso segundo del artículo 45 del Estatuto Contractual es una potestad -que no una cláusula- la cual deberá ejercer la entidad contratante en relación con los distintos tipos de contrato estatal, por ende, el problema se contrae al análisis de los eventos que se subsumen en la facultad, los efectos de la terminación y el procedimiento para adoptar la decisión”<sup>62</sup>.

Esta posición fue reiterada por el Consejo de Estado en sentencia del 17 de octubre de 2012:

“La norma legal transcrita evidencia que esta modalidad de terminación unilateral tiene cabida en relación con cualquier clase de contrato estatal, independientemente de su objeto, siempre que en la celebración del mismo se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad antes referidas, sin que su aplicación pueda extenderse entonces a otras causales de nulidad absoluta diferentes a las específicamente indicadas”<sup>63</sup>.

Ahora bien, el deber de declarar la terminación unilateral del contrato cuando se presenten las causales de nulidad previstas en el artículo 45 de la ley 80 de 1993, no faculta a la entidad para declarar la nulidad del contrato, pues esa potestad es exclusiva del juez. Lo que ocurre es que para determinar si concurre alguna de las causales previstas en la norma,

---

<sup>62</sup> sentencia del 25 de febrero de 2009, C.P. Myriam Guerrero, expediente 15797.

<sup>63</sup> C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 22220.

el jefe o representante legal de la entidad debe examinar y verificar acuciosamente la existencia de los mismos elementos fácticos que dan lugar a la configuración de las causales de nulidad. Además, la nulidad absoluta produce efectos *ex tunc*, es decir, hacia el pasado, mientras que los efectos de la terminación unilateral son *ex nunc*, hacia el futuro, no da lugar a restituciones mutuas y tampoco produce compensación ni reparación al contratista, pues no se trata de un evento que le genere derechos o que en principio comprometa la responsabilidad del Estado<sup>64</sup>.

Finalmente, en relación con la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la ley 80, - que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional-, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que para que la misma se configure deben reunirse dos requisitos: i) la prohibición debe estar consagrada en una norma de orden legal o constitucional, de modo que *"la violación de otro tipo de normas en cuanto no tengan rango constitucional o carezcan de fuerza de ley, no genera vicio de nulidad en el contrato"* y ii) *La prohibición establecida en la Constitución o en la Ley debe ser expresa*<sup>65</sup>. De igual forma, ha precisado que *"no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos da lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que fueron señalados: violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa o explícita"*<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 15 de noviembre de 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, expediente 34302. Sobre las diferencias entre la terminación unilateral del contrato por vicios de nulidad absoluta y la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, puede consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Mauricio Fajardo, expediente 15559, en la que se hace un análisis detallado del tema.

<sup>65</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 2 de mayo de 2007, Exp. 15599, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>66</sup> *Ibíd.*

Lo anterior reviste vital importancia, pues un ejercicio abusivo de esta prerrogativa, con fundamento en la causal de nulidad consagrada en el numeral 2º del artículo 44 de la ley 80 de 1993, podría acarrear la nulidad del acto que declare la terminación unilateral, con consecuencias patrimoniales para la entidad e incluso para el servidor público<sup>67</sup>. En consecuencia, el uso de esta causal no puede ser una excusa para encubrir los errores en los que ha incurrido la administración durante el proceso pre contractual, ni tampoco puede caerse en un exceso de formalismo tal que cualquier violación a una prohibición o a determinado procedimiento lleve a la terminación unilateral del control, lo que a la postre terminaría afectando más la prestación del servicio público.

## **2. Terminación unilateral tácita en los contratos de interventoría.**

El párrafo 2º del artículo 84 de la ley 1474 de 2011, consagra como causal de inhabilidad, “El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato”. Si bien no se consagra expresamente la facultad de declarar la terminación unilateral del contrato, en la práctica, la consecuencia de esta inhabilidad es la terminación de la relación contractual, ya que la configuración de la inhabilidad, claro está previo el agotamiento del debido proceso, no permite la continuación del vínculo.

## **3. De la declaratoria de incumplimiento.**

La posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato tiene sus antecedentes en el decreto ley 222 de 1983, que en sus artículos 72 y 73

---

<sup>67</sup> Al respecto puede consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 1º de diciembre de 2008, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, expediente 15603.

consagraba a favor de la entidad la facultad de imponer multas o hacer efectiva la cláusula penal luego de haber declarado el incumplimiento del contrato<sup>68</sup>. Sin embargo, en la ley 80 de 1993 no se incluyó esta facultad, por lo que mientras entró en vigencia la ley 1150 de 2007, la entidad no estaba habilitada para ejercerla<sup>69</sup>. Fue esta última ley la que cerró la discusión al consagrar expresamente la prerrogativa a favor de la administración de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal o las garantías que amparan el contrato. En efecto, los artículos 7º y 17 de la ley 1150 señalan:

**ARTÍCULO 7o. DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN.** Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de

---

<sup>68</sup> ARTICULO 71. DE LA CLAUSULA SOBRE MULTAS - <DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto.

En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula.

ARTICULO 72. DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - <DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.

El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.

<sup>69</sup> Al respecto pueden consultarse las sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 21 de noviembre de 2012, expediente 22507 y el 29 de enero de 2014, expediente 26869, ambas de Mauricio Fajardo Gómez. 25765.

pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes.

**ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.** El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las

obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

**PARÁGRAFO.** La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

Cabe aclarar, que la facultad de declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectivas las multas y la cláusula penal, también aplica para los contratos celebrados bajo la vigencia de la ley 80 de 1993, pero sólo cuando el procedimiento de imposición de la multa o el cobro de la cláusula penal se realice luego de la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 y se hayan pactados las multas y la cláusula penal en el respectivo contrato, como lo señala el párrafo transitorio del artículo 17 de esa norma.

En cuanto a la competencia temporal para declarar el incumplimiento del contrato, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado en su jurisprudencia que la entidad puede hacerlo incluso cuando ha vencido el plazo de ejecución, pero se reitera, sólo para hacer efectiva la cláusula penal y las garantías que amparan el contrato<sup>70</sup>. Esta declaratoria de incumplimiento, a diferencia de la caducidad no acarrea la inhabilidad del contratista, al menos cuando ha sido por una sola vez, pues como se verá más adelante el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 creó una nueva

---

<sup>70</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, expedientes 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 18917, C.P. Enrique Gil Botero y 20628, C.P. Hernán Andrade.



inhabilidad que sobreviene cuando en una misma vigencia fiscal, el contratista es objeto de dos multas y una declaratoria de incumplimiento.

#### **4. De la imposición de multas.**

Bajo la vigencia de la ley 80 de 1993, no hubo consenso en la jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre la potestad de la administración de imponer multas, e incluso existían dudas sobre la posibilidad de pactarlas. Durante este período existieron tres posiciones: i) el primer grupo consideraba que no era posible pactar multas y menos que la administración las impusiera de manera unilateral. ii) Para otros, lo que desapareció fue la posibilidad de ejercer la exorbitancia, pero era perfectamente posible estipularlas, como en efecto ocurre en el derecho privado. iii) Finalmente, un tercer grupo consideraba que bajo la vigencia de la ley 80 de 1993, no sólo era posible estipular multas sino que además la administración podía imponerlas de manera unilateral.

Por fortuna, este debate llegó a su fin con la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007, que en su artículo 17 consagró expresamente a favor de la entidad, la potestad de imponer las multas, claro está previo agotamiento del debido proceso:

**ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.** El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar

el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

**PARÁGRAFO.** La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

En este orden de ideas, la multa reúne las siguientes características:

- i) Su finalidad es apremiar al contratista a cumplir con sus obligaciones y no indemnizar los perjuicios sufridos por la entidad con ocasión del incumplimiento.
- ii) Procede en todos los contratos estatales sometidos al régimen previsto en la ley 80 de 1993, siempre y cuando se haya estipulado.
- iii) Puede pactarse tanto a favor del contratista como de la entidad, sin embargo, sólo esta última tiene la potestad para tasarlas e imponerlas unilateralmente, previa declaratoria del incumplimiento.
- iv) Aunque la ley 80 de 1993 no contemplaba expresamente la facultad de imponer las multas, la ley 1150 de 2007 permitió que esta potestad pudiera aplicarse en los contratos celebrados bajo la ley 80, siempre y cuando las multas se hayan estipulado en el contrato y el respectivo procedimiento de imposición de la multa haya iniciado luego de la entrada en vigencia de la ley 1150.
- v) No es procedente imponer la multa, si se configura la excepción de contrato no cumplido por parte de la entidad, tal como ya se explicó al referirnos a la cláusula de caducidad.

vi) La entidad siempre debe observar el debido proceso antes de imponer la multa, aspecto que fue regulado con detalle en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, que señala:

**ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO.** Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso

de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

Como puede verse, al tenor de lo dispuesto en el la norma citada, la entidad no sólo está habilitada para imponer la multa, sino también para cuantificarla, claro está observando el principio de proporcionalidad. La Corte Constitucional en sentencia C-499 de 2015, se pronunció sobre el tema y concluyó que el hecho de que la entidad pueda cuantificar la multa, es una medida legítima para luchar contra la corrupción, y “para la protección efectiva del interés general, en la medida en que permite a la entidad estatal actuar de manera expedita, pero sometida a un procedimiento reglado y con el deber de dar cuenta de su decisión, y, en esta medida, también es adecuada para luchar contra la corrupción, en tanto representa una herramienta idónea para la intervención pronta y cumplida de la entidad estatal frente a prácticas que tienen una alta probabilidad de causarle perjuicios y que pueden deberse, en no pocos eventos, a prácticas corruptas”. Además, en el mismo pronunciamiento la Corte señaló que “ni la existencia de los perjuicios ni su cuantía se presumen, sino que resultan del ejercicio probatorio, que brinda los elementos empíricos necesarios para desvirtuar la presunción de buena fe”.

En cuanto a los mecanismos para hacer efectivas las multas, es necesario precisar que en este caso no aplica la regla prevista en el artículo 75 de la

ley 80 de 1993, según el cual los títulos ejecutivos derivados de la actividad contractual son del conocimiento del juez del contrato, pues por disposición expresa del párrafo del artículo 17 de la ley 1150 de 2007, la multa podrá hacerse efectiva por jurisdicción coactiva.

En cuanto al límite temporal para imponer las multas, según el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, la entidad podrá hacerlo “mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista”, lo que quiere decir que la posibilidad de ejercer esta prerrogativa no desaparece una vez vence el plazo de ejecución del contrato, sino que se mantiene vigente mientras aún hayan obligaciones pendientes por ejecutar<sup>71</sup>.

Por último, resulta de gran importancia destacar la inhabilidad consagrada en el artículo 90 de la ley 1474 de 2011:

**“ARTÍCULO 90. INHABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO REITERADO.** Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

- a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;
- b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;
- c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto

---

<sup>71</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero, expediente 24697.

del respectivo certificado.

**PARÁGRAFO.** La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria”.

De acuerdo con la norma citada, si entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año respectivo, al contratista se le impusieron cinco o más multas, en el mismo contrato o en varios, suscritos con la misma entidad estatal o con diferentes entidades estatales, quedará inhabilitado por tres años contados a partir de la inscripción de la última multa en el RUP. De igual forma, si entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del respectivo año, al contratista se le impusieron dos multas y un incumplimiento, bien sea en el mismo contrato o en varios, también cobijado por la misma inhabilidad. Esta previsión hace que sea más exigente para la entidad la garantía del debido proceso a favor del contratista, pues su proceder ligero al imponer las multas o declarar el incumplimiento del contrato puede acarrear consecuencias gravosas para el contratista, similares incluso a las de la caducidad.

## **5. De la cláusula penal pecuniaria.**

En el contexto de la contratación estatal, la cláusula penal ha sido entendida como tasación anticipada de los perjuicios. Gracias a ella, la entidad sólo debe probar el incumplimiento de las obligaciones, liberándose de probar los perjuicios sufridos con el incumplimiento del contratista, pues justamente para eso se estimaron de manera anticipada. El Consejo de Estado ha definido la cláusula penal como “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 no es la de prevenir la afectación de un bien jurídico (la puesta en peligro) o la de castigar o reprimir un comportamiento sino la de asegurar el cumplimiento

de una determinada obligación, a través de la exigibilidad de una pena establecida en el acto jurídico negocial"<sup>72</sup>

Sin importar la obligación que el contratista incumpla, la entidad estará facultada para hacer efectiva la cláusula penal. Sin embargo, al hacerlo deberá observar el principio de proporcionalidad, consagrado en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio<sup>73</sup>, pues en caso de que el contratista haya incumplido sólo de manera parcial sus obligaciones y la entidad así lo haya aceptado, no sería justo que la administración cobrara la totalidad del monto estipulado en la cláusula. Es por esta razón, que el juez del contrato tiene competencia para reducir el monto de la cláusula penal cuando considere que es excesivo, teniendo en cuenta dos criterios: i) El porcentaje de obra o contrato efectivamente ejecutado por el contratista, y ii) si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual <sup>74</sup>, aunque "si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve al contratante su ejecución completa, el

---

<sup>72</sup> Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2012, C.P. Enrique Gil Botero, expediente 20738.

<sup>73</sup> **Artículo 1596 del Código Civil.** Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.

**ARTÍCULO 867 del Código de Comercio. CLÁUSULA PENAL.** Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.

<sup>74</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009, C.P. Enrique Gil Botero, expediente 29699.

valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada"<sup>75</sup>.

En relación a la competencia temporal para hacer efectiva la cláusula penal, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que la entidad está facultada para ejercer esta potestad aún cuando haya vencido el plazo de ejecución del contrato<sup>76</sup>. A su vez, al igual que ocurre con las multas, la entidad puede hacer efectivo el cobro de la cláusula por medio de jurisdicción coactiva y para su imposición debe observar el procedimiento establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

Finalmente, la entidad puede solicitar la cláusula penal y la indemnización de perjuicios al tiempo, pero sólo cuando éstos superen el monto estimado en la cláusula<sup>77</sup>. De igual forma, por el mismo hecho puede imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal, pues cada una tiene finalidades diferentes, lo que no puede es exigir al mismo tiempo la cláusula penal pecuniaria y la garantía única de cumplimiento, pues en ese caso si se estaría generando un pago doble por el mismo concepto.

## **6. De la liquidación unilateral.**

La liquidación es el ajuste final de cuentas del contrato, constituye la etapa final del negocio jurídico en la que las partes efectúan un corte de cuentas y para definir quién le debe a quién y cuánto, es decir para establecer el estado económico del contrato, lo que da lugar a que se extinga el vínculo contractual. Esta liquidación puede ser bilateral –cuando es de

---

<sup>75</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, C.P. Enrique Gil Botero, expediente 17009.

<sup>76</sup> Sentencia del 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero, expediente 24697.

<sup>77</sup> 38788, Andrade, 16 de julio de 2015, la entidad



mutuo acuerdo-, unilateral –cuando la realiza la administración mediante acto administrativo motivado- o judicial, cuando es el juez quien la efectúa.

Esta etapa se encuentra regulada en el artículo 60 de la ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

**Artículo 60°.- De Su Ocurrencia y Contenido.** Modificado por el art. 217, Decreto Nacional 019 de 2012. Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

Por su parte, el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, regula el plazo para liquidar el contrato:

**ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS.** La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la

disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.

De conformidad con la norma que se acaba de citar, la entidad pública sólo adquiere competencia para hacer la liquidación unilateral del contrato cuando ha sido imposible realizarla bilateralmente, bien sea porque el contratista fue renuente a reunirse con la administración o porque no hubo acuerdo sobre los términos del corte de cuentas, de donde se sigue que la liquidación unilateral tiene un carácter supletivo o subsidiario, es decir, que la entidad no puede intentarla de inmediato, sino que siempre debe intentar primero lograr la liquidación bilateral<sup>78</sup>, por lo que tiene el deber de convocar al contratista para tal efecto. La Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el carácter subsidiario de la liquidación unilateral:

“Como su nombre lo indica, no corresponde a una actuación negocial o conjunta de las partes del contrato sino a una decisión que adopta la entidad estatal contratante de manera unilateral, esto es sin necesidad de contar con la voluntad o con el consentimiento del respectivo

---

<sup>78</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 15469. 15998.

contratista particular, modalidad a la cual habrá lugar en los eventos y con las exigencias establecidas para esos casos por la ley; esta modalidad de *liquidación* ha sido concebida y regulada como subsidiaria de la *liquidación bilateral o conjunta*.

“El carácter subsidiario que le corresponde a la liquidación unilateral, respecto de la bilateral o conjunta, lo evidencia la norma legal que la consagra en cuanto supedita su procedencia a una cualquiera de las siguientes hipótesis fácticas: i) que el contratista particular no se presente a la liquidación, con lo cual imposibilita la realización de una liquidación bilateral o conjunta, o ii) que las partes no lleguen a acuerdo sobre el contenido de la liquidación, cuestión que igualmente impide la adopción conjunta del respectivo corte de cuentas.

Así pues, sólo si se configura una de las circunstancias enunciadas, la Entidad Estatal quedará facultada para practicar la liquidación correspondiente de manera directa y unilateral, caso en el cual procederá a adoptarla mediante la expedición de un acto administrativo debidamente motivado, el cual será pasible del recurso de reposición en vía gubernativa”<sup>79</sup>.

Ahora bien, aunque la ley fijó un plazo para la liquidación unilateral, -dos meses contados a partir del momento en que venció el término pactado por las partes o establecido en la ley para realizar la liquidación bilateral-, es necesario precisar que la administración no pierde competencia para liquidar el contrato unilateralmente cuando ha vencido este plazo de dos meses, lo que ocurre es que a partir de ese momento comienza a computarse el término de caducidad para impetrar el medio de control de controversias contractuales. Sin embargo, mientras aún no haya vencido el término de caducidad o no se admita la demanda respectiva, las partes aún pueden intentar la liquidación bilateral y la administración aún está habilitada para hacerlo de manera unilateral. Así se desprende del artículo 11 de la ley 1150 de 2007 cuando señala “si vencido el plazo

---

<sup>79</sup> Sentencia del 9 de octubre de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 30680.

anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A [actualmente 164 de la ley 1437 de 2011]" y así lo ha sostenido el Consejo de Estado:

“Cuando la Administración tiene el deber de liquidar unilateralmente porque se frustró la etapa de liquidación bilateral, en principio debe liquidar el contrato en el plazo fijado por la jurisprudencia, sin que el vencimiento del plazo implique la pérdida de su competencia en el tiempo.

Resulta que ante la omisión Administrativa de liquidar unilateralmente se pueden dar las siguientes hipótesis:

- Primera: que el contratista no demande jurisdiccionalmente el incumplimiento administrativo de liquidación unilateral, o
- Segunda: que el contratista sí demande el incumplimiento del deber de la Administración para liquidar unilateralmente el contrato y la liquidación judicial del mismo etc.

La jurisprudencia ha sido muy clara en precisar que el término máximo que tiene la Administración – *antes de la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993* - para liquidar unilateralmente el contrato es el relativo al de prescripción o de caducidad de la acción de controversias contractuales, según el caso.

Y tal conclusión tiene fundamento en una deducción lógica. Nótese que a partir **de la omisión administrativa para liquidar el contrato** la ley le otorga al contratista un término para demandar ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativa el incumplimiento de la Administración – del deber de liquidarlo – o la liquidación judicial del contrato, u otras pretensiones.

Por consiguiente como la ley sí fija un término para demandar esa **omisión administrativa** se colige que el plazo máximo que tiene la Administración para liquidar unilateralmente el contrato dependerá de dos situaciones:

- **Primera:** Si el contratista no demandó la liquidación judicial o el incumplimiento administrativo – nacido de la omisión de la Administración del deber de liquidar - el término que tendrá la Administración para liquidar será hasta el día anterior al en que vencería hipotéticamente el término para el contratista, para acudir al juez, en demanda de esa omisión Administrativa, para efecto de la liquidación judicial o de otros objetos.
- **Segunda:** Si por el contrario el contratista sí demandó la liquidación judicial del contrato por el incumplimiento de la Administración del deber de liquidar el contrato, el término que tendrá la Administración será hasta antes de que sea notificada del auto admisorio de la demanda, siempre y cuando desde la omisión de liquidar no haya transcurrido, hipotéticamente, el plazo legal máximo, de prescripción o caducidad, según el caso, para promover ante el juez la demanda correspondiente.

Así entonces la incompetencia en el tiempo para que la Administración liquide unilateralmente nace del hecho relativo a que la competencia para liquidar el contrató se tornó, hipotéticamente, en judicial"<sup>80</sup>.

Cabe anotar que cuando la liquidación es unilateral, el contratista queda libre para demandar por cualquier inconformidad que se derive de la misma. Sin embargo, la administración no puede hacer lo mismo, pues al haber sido ella quien realizó el corte de cuentas, demandar sería cuestionar el acto, lo que significaría ir en contra de sus propios actos. Al respecto ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado:

---

<sup>80</sup> Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2000, C.P. María Elena Giraldo Gómez, expediente 12723.

“ii) De otro lado, si la liquidación del contrato fue unilateral, el contratista queda en libertad de reclamar por cualquier inconformidad que tenga con ocasión de la ejecución del negocio.

No obstante, la entidad pública no puede actuar del mismo modo, pues ella, al haber tenido el privilegio de liquidar, queda atada a sus planteamientos, de manera que no puede, posteriormente, agregar reclamos al contratista que no consten en el acto administrativo expedido, debiendo ceñirse a lo dicho en éste”<sup>81</sup>.

#### **IV. DEL DEBIDO PROCESO EN EL EJERCICIO DE LOS PODERES EXORBITANTES Y LAS PRERROGATIVAS CONSAGRADAS A FAVOR DEL ESTADO.**

Como ya se mencionó, el debido proceso como principio rector de la contratación pública fue introducido expresamente en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007. Sin embargo, no por ello puede considerarse que sólo a partir de la entrada en vigencia de dicha ley las actuaciones de las entidades públicas debían ceñirse al debido proceso, pues esta regla ya había sido consagrada en el artículo 29 de la Constitución, por lo que se trata más bien de “Se trata de un impulso que reafirma –no crea- el canon constitucional que impone la razón y el juicio en las actuaciones administrativas”<sup>82</sup>.

En el anterior orden de ideas, no puede restringirse la aplicación del debido proceso a los procedimientos que tienen como propósito la imposición de multas o hacer efectiva la cláusula penal, sino que al ser un principio rector “en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales”, debe regir en todos los procedimientos en los que podrían

---

<sup>81</sup> Sección Tercera. Sentencia del 5 de junio de 2008, C.P. Enrique Gil Botero, expediente 16850.

<sup>82</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010, C.P. Enrique Gil Botero, expediente 16367.

verse afectados los derechos del contratista. Por ende, la administración está obligada a garantizar el debido proceso en todos sus extremos, no sólo en los casos mencionados expresamente en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, sino también cuando ejerce las prerrogativas que el legislador le ha otorgado mediante los poderes exorbitantes –terminación unilateral, interpretación unilateral, modificación unilateral, caducidad, reversión- y las demás que se encuentran consagradas en la ley, como son la terminación unilateral derivada de la nulidad del contrato estatal. De igual forma, no puede entenderse que el debido proceso debe regir sólo en las actuaciones sancionatorias, pues una interpretación armónica de la ley 1150 de 2007 con el artículo 29 de la Constitución, permite concluir que este principio debe gobernar tanto las actuaciones contractuales, sean sancionatorias o no. El Consejo de Estado se pronunció en este sentido en sentencia del 23 de junio de 2010, que se citará in extenso por su importancia:

*“En primer lugar, señala que “El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales”, de allí que su contenido no rige solamente los temas puntuales que mencionará y desarrollará a continuación –la multa y la cláusula penal-, sino todas las actuaciones sancionatorias, como por ejemplo: la declaración de caducidad, la declaración de un siniestro, la declaración de que un oferente se niega a suscribir el contrato estatal adjudicado<sup>83</sup>, entre otras decisiones de similar naturaleza sancionadora.*

---

<sup>83</sup> En un caso en el cual un oferente no suscribió el contrato estatal adjudicado, dando lugar a que la entidad declarara la situación -generándole la inhabilidad de 5 años que contempla la ley 80 de 1993-, expuso la Corte Constitucional lo siguiente, acerca de la necesidad de respetar el debido proceso en este ámbito: **“En conclusión, tal como lo sostuvo el fallo de segunda instancia, el amparo debe concederse como medida excepcional por violación al debido proceso**, producto de haber constatado que el accionante en el proceso contractual estudiado, demostró fehacientemente haber actuado en todo momento de buena fe, y con absoluta lealtad, como que en la misma diligencia de cierre del proceso, o a más tardar el día siguiente, y cuando menos 20 días antes de la audiencia de adjudicación- (27 de julio de 2004) puso en conocimiento de la entidad contratante el yerro cometido. Además de haberse constatado el perjuicio irremediable que se concreta en una inhabilidad de 5 años que le produce, sin lugar a

De hecho, no podría entenderse ni admitirse que esta garantía sólo rija en las sanciones que regula el artículo 17 –la multa y la cláusula penal-, pues constitucionalmente hablando sería injustificado. De entenderse en sentido restringido su ámbito de aplicación, se vulneraría el art. 29 de la Constitución Política, que no distingue entre las diversas actuaciones administrativas.

En *segundo lugar*, el mismo aparte citado produce otra perplejidad, que solo se resuelve acudiendo al art. 29 CP. Indica que el debido proceso es un principio rector de las *actuaciones sancionatorias* contractuales, de allí que, por oposición, no regiría en las *actuaciones no sancionatorias*, es decir, aquellas donde se asignan o niegan derechos, o se imponen obligaciones. A esta clase pertenecen: los procesos de selección de contratistas -cuya naturaleza de *procedimiento* es innegable<sup>84</sup>-, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la liquidación unilateral, entre muchos otros.

Para la Sala no cabe duda que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no<sup>85</sup>. Esta clasificación tiene incidencia para otros efectos, por ejemplo

---

dudas cuantiosos perjuicios a ella y a sus numerosos empleados, amén de que no podrá contratar con el Estado durante el próximo lustro y al tenor de lo previsto en el Art. 9º de la Ley 80 de 1993 debe ceder o renunciar a todos los contratos que actualmente se encuentran en curso, los que en realidad son innumerables como puede verse en la prueba anexa No. 21 (fs. 75 a 80 cuaderno anexo)." (Negrillas fuera de texto) –sentencia T-209 de 2006-

<sup>84</sup> En la Licitación Pública, Julio Rodolfo Comadira contesta a la pregunta que se formula a sí mismo, acerca de si la licitación pública es un acto complejo o un procedimiento administrativo, que "... se inscribe en la órbita del procedimiento administrativo; así lo entiende la doctrina, y también la jurisprudencia..." (Ed. Depalma. Buenos Aires. 2000. Págs. 2 a 3)

<sup>85</sup> Del mismo criterio ha sido la Corte Constitucional, porque en muchas decisiones, entre ellas la sentencia T-149 de 2002, expresa que este derecho también se debe garantizar para definir la asignación o exclusión de un derecho aplicable a una persona: "En materia de prestaciones positivas del Estado, en desarrollo del principio de Estado social de derecho, el debido proceso administrativo cumple una función de primer orden. **Quien puede ser beneficiario de una prestación estatal no puede ser privado de la misma sino**



para determinar los derechos del debido proceso que rigen en unas y en otras actuaciones, como quiera que es indiscutible que las garantías se

---

**mediante una decisión respetuosa del debido proceso.**

“Ahora bien, la Corte se pregunta si el derecho al debido proceso puede ser invocado para impedir que la administración prive a su titular de un beneficio legal que aún no ha sido reconocido a la persona. A primera vista podría pensarse que por tratarse de una mera expectativa no nos encontramos ante un interés susceptible de protección constitucional. No obstante, la exclusión injustificada de la persona y la vulneración de su derecho al debido proceso, se presenta no sólo por la privación del beneficio ya reconocido, sino también por la negación de la oportunidad procesal para obtener dicho reconocimiento, pese a encontrarse en las circunstancias descritas por la ley o el reglamento. **En efecto, cuando la persona alega que materialmente cumple con el supuesto de hecho de una norma jurídica que asigna un beneficio, la administración no puede privar a dicha persona del procedimiento debido para determinar si procede o no el reconocimiento del respectivo beneficio. Tal proceder priva ex ante a la persona del derecho al debido proceso administrativo dispuesto para decidir sobre el reconocimiento del beneficio legal, con lo que se desconocen los derechos fundamentales al debido proceso administrativo** (art. 29 C.P.) y a la igualdad de trato (art. 13 inc. 1 C.P), dada la exclusión injustificada del solicitante.

“El que las normas legales denominen auxilio al beneficio no le resta derechos al interesado. La denominación del beneficio tampoco lo convierte en una simple gracia del Estado cuando la reglamentación de su asignación en lugar de librarla a la mera voluntad de la administración, define precisos requisitos para determinar a partir de criterios objetivos quienes son los destinatarios del beneficio. Es lo que sucede con la reglamentación del auxilio para ancianos indigentes objeto de este proceso”. (Negrillas fuera de texto)

En esa misma línea de pensamiento se indicó en la sentencia T-525 de 2006 que: “4.2. El derecho al debido proceso administrativo se traduce en la garantía que comprende a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, **de tal manera que el compromiso o privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado a sus ciudadanos no pueda hacerse con ocasión de la suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales de los mismos.** Es entonces la garantía consustancial e infranqueable que **debe acompañar a todos aquellos actos que pretendan imponer legítimamente a los sujetos cargas, castigos o sanciones como establecer prerrogativas.** Si bien la preservación de los intereses de la administración y el cumplimiento de los fines propios de la actuación estatal son un mandato imperativo de todos los procedimientos que se surtan a este nivel, en cada caso concreto debe llevarse a cabo una ponderación que armonice estas prerrogativas con los derechos fundamentales de los asociados.” (Negrillas fuera de texto)

En la sentencia T-796 de 2006 la Corte también admitió que en los procedimientos contractuales no sancionatorios, como la liquidación del contrato, debe aplicarse el debido proceso, en este caso en su faceta de la posibilidad de presentar pruebas y controvertirlas.

potencializan en las primeras y se reducen en las segundas, por razones obvias. Así, en las actuaciones sancionatorias es exigible el derecho a la *preexistencia de la falta y la sanción*, pero en las no sancionatorias carece de espacio. Lo mismo aplica para el derecho a la *presunción de inocencia*, ya que en los procedimientos sancionatorios tiene aplicación plena, mientras que en los no sancionatorios carece de sentido introducirlo, porque allí no se imputa nada a quienes participan de ellos.

En *tercer lugar*, el art. 17 asigna la competencia a la administración para imponer las multas pactadas en los contratos, pero "... Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista...". La misma potestad se establece, a continuación, para imponer la cláusula penal, respetando las mismas garantías<sup>86</sup>.

La Sala también impondrá a esta norma una interpretación conforme a la Constitución, similar a la que se acaba de hacer, esto es, exigiendo la aplicación de estas garantías no sólo cuando se impone la multa o la cláusula penal, sino cuando se imponga cualquier otra sanción o carga derivada de la relación contractual. En este horizonte, 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. El mismo razonamiento aplica a la declaración de un siniestro, o a cualquier otra

---

<sup>86</sup> Esta norma fue reglamentada por el art. 87 del decreto 2474 de 2008, que estableció: "Artículo 87. *Procedimiento de imposición de multas*. De conformidad con el inciso 2° del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

"Para la imposición de la respectiva multa, a efecto de respetar el derecho de audiencia del afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad señalará en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir, en el que en todo caso se precisará el mecanismo que le permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa de manera previa a la imposición de la sanción, dejando constancia de todo ello en el acto administrativo de imposición.

"En todo caso, no se podrá imponer multa alguna sin que se surta el procedimiento señalado, o con posterioridad a que el contratista haya ejecutado la obligación pendiente."

decisión que imponga cargas o gravámenes a los involucrados en la contratación estatal.

*“En primer lugar, señala que “El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales”, de allí que su contenido no rige solamente los temas puntuales que mencionará y desarrollará a continuación –la multa y la cláusula penal-, sino todas las actuaciones sancionatorias, como por ejemplo: la declaración de caducidad, la declaración de un siniestro, la declaración de que un oferente se niega a suscribir el contrato estatal adjudicado<sup>87</sup>, entre otras decisiones de similar naturaleza sancionadora.*

De hecho, no podría entenderse ni admitirse que esta garantía sólo rijan en las sanciones que regula el artículo 17 –la multa y la cláusula penal-, pues constitucionalmente hablando sería injustificado. De entenderse en sentido restringido su ámbito de aplicación, se vulneraría el art. 29 de la

---

<sup>87</sup> En un caso en el cual un oferente no suscribió el contrato estatal adjudicado, dando lugar a que la entidad declarara la situación –generándole la inhabilidad de 5 años que contempla la ley 80 de 1993-, expuso la Corte Constitucional lo siguiente, acerca de la necesidad de respetar el debido proceso en este ámbito: **“En conclusión, tal como lo sostuvo el fallo de segunda instancia, el amparo debe concederse como medida excepcional por violación al debido proceso,** producto de haber constatado que el accionante en el proceso contractual estudiado, demostró fehacientemente haber actuado en todo momento de buena fe, y con absoluta lealtad, como que en la misma diligencia de cierre del proceso, o a más tardar el día siguiente, y cuando menos 20 días antes de la audiencia de adjudicación- (27 de julio de 2004) puso en conocimiento de la entidad contratante el yerro cometido. Además de haberse constatado el perjuicio irremediable que se concreta en una inhabilidad de 5 años que le produce, sin lugar a dudas cuantiosos perjuicios a ella y a sus numerosos empleados, amén de que no podrá contratar con el Estado durante el próximo lustro y al tenor de lo previsto en el Art. 9º de la Ley 80 de 1993 debe ceder o renunciar a todos los contratos que actualmente se encuentran en curso, los que en realidad son innumerables como puede verse en la prueba anexa No. 21 (fs. 75 a 80 cuaderno anexo).” (Negrillas fuera de texto) –sentencia T-209 de 2006-

Constitución Política, que no distingue entre las diversas actuaciones administrativas"<sup>88</sup>.

Es desde esta línea de pensamiento que debe interpretarse el contenido del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, mediante el cual se estableció un procedimiento para declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Es decir, no puede considerarse que el procedimiento establecido en esta norma rige sólo para los eventos allí mencionados, sino que se reitera, el debido proceso debe fungir como faro orientador en todas las actuaciones de la actividad contractual, sean sancionatorias o no, de manera que lo previsto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 también rige para eventos como la declaratoria de caducidad, o la terminación unilateral del contrato, que aunque no es propiamente una sanción, sí afecta los derechos del contratista.

En el mismo pronunciamiento, la Sección Tercera también señaló que todas las garantías que integran el debido proceso, son aplicables en el procedimiento contractual, aunque de manera matizada, es decir no siempre con la misma intensidad que en el ámbito penal. Estas garantías son:

### **Principios que rigen en materia contractual**

- **Del principio de legalidad.** El principio de legalidad, que constituye uno de los pilares del Estado de Derecho, encuentra su fundamento constitucional en los artículos 6 y 121 de la Constitución. En el ámbito contractual, tiene una aplicación variable o matizada.

---

<sup>88</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera... expediente 16367.

Es absolutamente rigurosa en algunos procedimientos, en los que se exige que la ley y sólo la ley sea la que contemple la falta y la sanción correspondiente. Es el caso de la declaratoria de caducidad, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la terminación unilateral, la modificación unilateral, la reversión, la liquidación unilateral y la declaración del siniestro. En esta misma lógica se adscriben algunas causales de multa por el incumplimiento de ciertas obligaciones del contrato, porque la ley contempla directamente varios supuestos de hecho que las originan, de modo que se convierten en elementos de la naturaleza del contrato<sup>89</sup>.

Sin embargo, por regla general, el principio de legalidad no se aplica de forma tan estricta en materia contractual, de manera tal que lo determinante no es que sea una ley la que contemple las faltas y sanciones, sino una norma, por ejemplo el reglamento. Es decir, en este campo, el principio de legalidad se reduce a la tipicidad de la conducta, "pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga"<sup>90</sup>. En consecuencia, siempre que la administración acuda a la imposición de multas o vaya a hacer efectiva la cláusula penal debe cumplir previamente con los postulados del principio de legalidad, pues como ya se mencionó, el principio de tipicidad se conserva, por lo que las partes del negocio deben describir la conducta prohibida o constitutiva de falta en la respectiva cláusula contractual. Además, la conducta objeto de reproche debe haberse establecido previamente a su materialización, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder, so pena de nulidad.

---

<sup>89</sup>Sección Tercera... expediente 16367.

<sup>90</sup> Sección Tercera... expediente 17009.

- **Principio del juez natural.** Se refiere a la asignación de competencia a la entidad estatal para adoptar ciertas decisiones en materia contractual, competencia que según el artículo 11 de la ley 80 de 1993 radica en cabeza del representante legal de la entidad<sup>91</sup>, y que es delegable según las voces del artículo 12 de la misma ley<sup>92</sup>. La decisión

---

<sup>91</sup> **Artículo 11°.-** *De la competencia para dirigir licitaciones y para celebrar contratos estatales.* En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2.

1o. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso.

2o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República.

3o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Entidad respectiva

a) Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil.

b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capitales y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.

c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.  
**Literal c) declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia, C-178 de 1996.**

<sup>92</sup> **Artículo 12°.-** *De la Delegación para Contratar.* Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes

En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

**Parágrafo.** Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.

proferida por un funcionario que carezca de competencia bien sea, porque no se es el representante legal de la entidad o porque no le haya sido delegada esta función, estará viciado de nulidad.

- **Del derecho a que el procedimiento administrativo se adelante con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.** De acuerdo con este principio, están proscritas las sanciones de plano, lo que guarda correspondencia con la obligación de garantizar los derechos de defensa y contradicción, la cual no es exclusiva de los procesos sancionatorios contractuales. Cabe precisar que el procedimiento no tiene que ser tan complejo como el judicial, “porque se sabe que la administración también debe ajustarse a los principios de eficiencia, economía y eficacia –entre otros del art. 209 CP.-, que por sí mismos demandan rapidez en las decisiones<sup>93</sup>”.

- **Del principio de favorabilidad.** En materia contractual opera de manera similar al derecho penal: si una cláusula establece una sanción y un acuerdo posterior reduce la pena o la extingue, debe darse aplicación al principio de favorabilidad, aplicando la sanción más benigna para el contratista. En estos casos, aunque según la ley 153 de 1887, en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, debe tenerse como excepcionada esa disposición –según indica la misma norma- cuando se trata de sanciones<sup>94</sup>.

- **Del principio de presunción de inocencia.** De acuerdo con este principio, la carga de la prueba radica en cabeza de la entidad estatal. Si bien en algunas áreas el legislador ha autorizado la inversión de la carga probatoria, como ocurre en materia ambiental, en el ámbito de la contratación estatal, no se han consagrado estas excepciones, que se itera, sólo pueden establecerse mediante la ley, por lo que es la entidad

---

<sup>93</sup> Sección Tercera... expediente 16367.

<sup>94</sup> Sección Tercera... expediente 16367.

estatal quien debe probar que el contratista ha incurrido en los hechos constitutivos de la falta que se le endilga.

- **Derechos de defensa y contradicción.** Estos derechos constituyen uno de los pilares del debido proceso, pues significan ni más ni menos que la garantía de que el contratista podrá suministrar sus explicaciones sobre la falta que se le atribuye y sus argumentos respecto de la conducta que se le reprocha. Además, en virtud de estos principios, puede presentar pruebas, controvertir las que la entidad ha allegado en su contra, y solicitar la nulidad de las que se hayan obtenido con violación del debido proceso.

- **Del derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas.** En realidad se trata de dos principios, el primero implica para la entidad la obligación de darle publicidad a todos los procedimientos que inicie en contra del contratista, de modo que nada puede hacerse a espaldas suyas. El segundo, implica que los procedimientos sancionatorios no pueden prolongarse en el tiempo más allá de un plazo razonable que permita la adopción oportuna de las decisiones

- **Derecho a impugnar la decisión.** A través de este principio se le garantiza al contratista la oportunidad de expresar su inconformidad frente a la decisión adoptada por la administración. Si bien, de acuerdo con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, contra los actos administrativos adoptados en materia contractual únicamente procede el recurso de reposición, se trata de una oportunidad no sólo para que el contratista manifieste sus argumentos e impugne la decisión, sino también para que la administración, en caso de advertirlos, corrija los errores de fondo y de procedimiento en los que pudo haber incurrido.

- **Derecho al non bis in ídem.** Este principio también aplica de manera similar al derecho penal. Significa que el contratista no puede ser sancionado dos veces por la misma conducta, sin embargo esto no quiere



decir que si el contratista incurre varias veces en la misma conducta que es objeto de reproche, no puede ser sancionado de nuevo, pues se tratará de hechos diferentes y cometidos en momentos diferentes<sup>95</sup>.”.

- **Del principio de culpabilidad.** Aplica de manera variable según cada caso y de acuerdo a las estipulaciones contractuales, aunque por regla general debe observarse durante la imposición de multas y al momento de hacer efectiva la cláusula penal, pues la imposición de este tipo de sanciones casi siempre implica un juicio subjetivo sobre la conducta del contratista.

- **Del principio de proporcionalidad.** Es un límite a la potestad sancionadora del Estado. según este principio, aunque la administración está habilitada para sancionar al contratista cuando éste ha incurrido en alguna conducta que según las cláusulas contractuales o la ley, es objeto de reproche, el ejercicio de esta potestad debe guardar coherencia con la magnitud de la falta. Esta garantía fue consagrada en el artículo 36 del decreto 01 de 1984, que fue reproducido en idénticos términos en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011: “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”.

Finalmente, la obligación de observar el debido proceso también se predica frente a las actuaciones que se surten en la etapa previa a la celebración del contrato, a fin de garantizar la escogencia transparente y objetiva del futuro contratista. En este orden de ideas, ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado, que son manifestaciones del debido

---

<sup>95</sup> Como lo ha señalado el Consejo de Estado, “no se vulnera la garantía cuando una conducta incorrecta se reitera, y la administración, con arreglo a la ley y al contrato, impone una sanción por un hecho o por un período de incumplimiento, y luego impone otra pero por un hecho posterior –así sea idéntico al anterior- o por un lapso diferente. En estos casos no se trata del mismo hecho, y por eso procede la sanción por cada uno (Sección Tercera... expediente 16367).

proceso en la etapa pre contractual<sup>96</sup>: i) cumplir y observar las formas propias de los procesos de selección mediante el desarrollo de etapas taxativas que aseguren la selección de la propuesta más favorable; ii) no dilatar injustificadamente el procedimiento y cumplir con los términos preclusivos y perentorios fijados; evaluar las ofertas con fundamento en reglas claras, justas y objetivas; iii) motivar los actos administrativos y notificarlos en debida forma; iv) brindarle al contratista la posibilidad de conocer y controvertir los informes y conceptos; v) dar publicidad a la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como a los diferentes actos y hechos que se presenten dentro del procedimiento adelantado; vi) suministrar a quien demuestre un interés legítimo la información del proceso y las copias de los documentos la integran con sujeción a las reservas de ley<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup>“(…) la observancia estricta de las etapas y las reglas de juego establecidas en las bases y documentos de los procedimientos o modalidades de selección del contratista garantizan el debido proceso, la igualdad, la libertad de concurrencia, la imparcialidad, la objetividad, la transparencia y, en últimas, la legalidad en la actividad contractual del Estado” (Sección Tercera... expediente18394).

<sup>97</sup> Sección Tercera. Sentencias del 3 de diciembre de 2007, expediente 24715 y del 18 de marzo de 2010, expediente18394, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.