CCE-DES-FM-17

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Noción – Procedencia**

[…] las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, son denominadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y por la doctrina como estipulaciones de obligatoria inclusión en los contratos de concesión o explotación de bienes del Estado, obra, prestación de servicios públicos y aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal. En estas tipologías contractuales, sin importar si se incorporaron o no dentro del contrato, se entienden incluidas por el ministerio de la ley. En relación con estas cláusulas, al analizarse el régimen sancionatorio contractual, procede destacar la potestad excepcional de caducidad, pues es la sanción más severa que existe en la contratación estatal. Particularmente, se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento de sus obligaciones, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito consiste en sancionar al contratista y, a su vez, permitirle a la entidad continuar con la ejecución por otros medios, señalados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Aplicación – Consecuencias**

 Las consecuencias jurídicas que se generan con la caducidad son: i) terminación del contrato, ii) iniciación del trámite de liquidación, iii) inhabilidad sobreviniente por cinco años, iv) efectividad de la garantía única de cumplimiento, y v) reporte al SECOP, Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde el contratista esté inscrito con el propósito de incluir la anotación en el Registro Único de Proponentes.

**CADUCIDAD DEL CONTRATO – Colaboración con grupos armados – Ley 418 de 1997**

[…] la Ley 418 de 1997, al margen de lo regulado por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, establece el deber de declarar la caducidad de contratos estatales cuando el contratista o el subcontratista incurre en unas circunstancias particulares relacionadas con la actividad de grupos armados organizados al margen de la ley. Esto indica que debe distinguirse entre caducidad regulada por la Ley 80 de 1993 y la de la Ley 418 de 1997. En ese sentido, las facultades derivadas de esta última son potestades que están concebidas para situaciones diferentes la contempladas por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, las cuales no necesariamente están asociadas a hechos que impliquen un incumplimiento por parte del contratista que afecte de manera grave la ejecución. Por el contrario, guardan conexión con algunas conductas relacionadas con actividades de grupos armados al margen de la ley respecto del contrato, que el legislador ha decidido sancionar con la caducidad del contrato.

**CADUCIDAD DEL CONTRATO – Entidades – Régimen especial – Ley 80 de 1993 – Ley 418 de 1997 – Régimen de contratación**

En los contratos regidos por el derecho privado, respecto a los cuales no exista alguna norma específica que autorice la aplicación de las cláusulas excepcionales a las que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, como ocurre en algunos contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios y las empresas sociales del Estado, no es posible incluir este tipo de cláusulas.

Sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997, todas las entidades públicas tienen la facultad de declarar la caducidad de los contratos que celebren cuando el contratista en la ejecución del contrato colabore con grupos armados al margen de la ley mediante conductas como: a) ceder injustificadamente ante las amenazas proferidas por dichos grupos; b) recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a tales grupos o colaborar y prestar ayuda a los mismos; c) construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de dichos grupos; d) paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de dichos grupos; y e) incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichos grupos, conocidos con ocasión del contrato.  Dicha facultad para declarar la caducidad con sustento en la Ley 418 de 1997 podrá ejercerse respecto de cualquier contrato en el que una entidad pública actúe como contratante, y no solo en aquellos que sean producto de convocatorias limitadas a mipymes. Estas normas se extienden al régimen de las entidades exceptuadas en virtud del parágrafo tercero del artículo 34 de la Ley de Emprendimiento.

**Radicado No. RS20210225001443**

Bogotá, 25 Febrero 2021

Señora

**Ginessanayib Ditta** **Quiroz**

Barranquilla, Atlántico

**Concepto C – 025 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Noción – Procedencia / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Aplicación – Consecuencias / CADUCIDAD DEL CONTRATO – Colaboración con grupos armados – Ley 418 de 1997 / CADUCIDAD DEL CONTRATO – Entidades – Régimen especial – Ley 80 de 1993 – Ley 418 de 1997 – Régimen de contratación |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210118000339 |

Estimada señora Ditta Quiroz:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 18 de enero de 2021.

1. **Problemas planteados**

Usted formula las siguientes preguntas, estando la primera y segunda preguntas relacionadas con el parágrafo primero del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, en el que se dispone la aplicación de los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997:

1. […] ¿significa que las entidades estatales de régimen especial, que por regla general no tienen potestades excepcionales, podrán incluirlas en los procesos de selección cuando se limiten las convocatorias a Mipymes?

2. ¿En qué otros casos, las entidades estatales con régimen especial pueden incluir potestades excepcionales?

3. Las entidades estatales con régimen especial que deseen suscribir un contrato de fiducia ¿Cuál de los procesos de selección establecidos en la Ley 1150 de 2007 deben utilizar? o ¿Deben adelantarlo conforme al proceso de selección establecido en su reglamento interno?.

1. **Consideraciones**

Antes de proceder al estudio de la consulta, es necesario mencionar que la respuesta a la tercera pregunta planteada por la peticionaria se encuentra por fuera del ámbito de la función consultiva de esta entidad. Esto dado que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, de conformidad con los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, solo tiene competencia para absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. Es decir, esta Agencia no tiene la competencia para pronunciarse sobre situaciones específicas, resolver casos concretos o brindar asesorías particulares en materia de contratación.

 Explicado lo anterior, para absolver las demás preguntas planteadas por la peticionaria, se realizarán algunas consideraciones sobre los siguientes temas: i) las potestades unilaterales de las entidades estatales en el marco del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; y ii) el régimen de caducidad del contrato por colaboración con grupos armados al margen de la ley.

Esta Agencia expidió los conceptos C-219 del 29 de abril de 2020, C–251 del 27 de mayo de 2020, C–280 del 6 de julio de 2020, C-516 del 11 de agosto de 2020 y C-607 de 13 de octubre de 2020, en donde se estudió el régimen sancionatorio en materia contractual como herramienta para la dirección general del negocio y la realización de las actividades propias de vigilancia y control. La tesis propuesta se reitera y amplía a continuación.

**2.1.** **Las potestades excepcionales de las entidades estatales en el marco del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales generalmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales con las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control. Entre otras se encuentran: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, como la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión, desarrolladas en los artículos 15 a 19 *ibidem*; ii) las previstas en los artículos 11 y 7 de la Ley 1150 de 2007, relacionadas con la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro; y iii) las dispuestas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 respecto a la *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, especialmente, cuando es posible pactar estas cláusulas en virtud de las normas civiles y comerciales.

Las primeras, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, son denominadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y por la doctrina como estipulaciones de obligatoria inclusión en los contratos de concesión o explotación de bienes del Estado, obra, prestación de servicios públicos y aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal. En estas tipologías contractuales, sin importar si se incorporaron o no dentro del contrato, se entienden incluidas por el ministerio de la ley.

En relación con estas cláusulas, al analizarse el régimen sancionatorio contractual, procede destacar la potestad excepcional de caducidad, pues es la sanción más severa que existe en la contratación estatal. Particularmente, se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento de sus obligaciones, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito consiste en sancionar al contratista y, a su vez, permitirle a la entidad continuar con la ejecución por otros medios, señalados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993[[1]](#footnote-1).

Las consecuencias jurídicas que se generan con la caducidad son: i) terminación del contrato, ii) iniciación del trámite de liquidación, iii) inhabilidad sobreviniente por cinco años, iv) efectividad de la garantía única de cumplimiento, y v) reporte al SECOP, Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde el contratista esté inscrito con el propósito de incluir la anotación en el Registro Único de Proponentes.

El último grupo de potestades excepcionales –*imposición unilateral* de la multa o la cláusula penal–, por el contrario, cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o de hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato[[2]](#footnote-2). No obstante, una vez incluidas, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden imponerlas unilateralmente.

Tratándose de las multas, en cumplimiento del principio de tipicidad, las partes deben determinar pormenorizadamente las acciones u omisiones objeto de sanción y el monto de la sanción a imponer, el cual, en todo caso, debe atender los criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

De igual forma, en la sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 16.367, la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que «el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual– contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso». Así mismo, frente al tema *sub examine,* el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 13 de noviembre de 2008[[3]](#footnote-3), indicó *in extenso* lo siguiente:

La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma –por ejemplo, un reglamento- quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos.

Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley –bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley– no las contempla de manera directa –salvo excepciones–. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten.

Obsérvese cómo el «principio de legalidad» –es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley–, en materia contractual se reduce a la simple «tipicidad» de la conducta –es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido–, 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.

Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes –no la ley; pero autorizadas por ella– quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de ius puniendi sui generis al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad.

De otro lado, la Corte Constitucional[[4]](#footnote-4) precisó que la tipicidad hacía referencia a «la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras».

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, además de autorizar la imposición unilateral de multas, también precisa que la declaración de incumplimiento tiene como propósito «hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato». En este punto, conviene resaltar lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado[[5]](#footnote-5), en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, esto es: «[a]unque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común –en lo sustancial–, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato».

Igualmente, la Ley 1474 de 2011 contempla la posibilidad de declarar el incumplimiento cuantificando los perjuicios del mismo, claro está, previa citación del contratista y respetando el debido proceso. Al respecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir: i) c*itación a audiencia*. Es necesario mencionar expresa y detalladamente los hechos que la soportan, así como, también, adjuntar el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación, enunciar las normas o cláusulas posiblemente violadas y referir las consecuencias que podrían recaer sobre el contratista en el desarrollo de la actuación. ii) *Audiencia*. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso; y iii) *Decisión*. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne, por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la imposición o no de multas y sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio del control judicial que podría llegar a efectuarse.

En este sentido, la entidad está facultada para cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo y luego de haberse surtido el trámite antes referido. Esta facultad, en palabras de la Corte Constitucional, «[…] está reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho […]»[[6]](#footnote-6).

Valga la pena precisar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[7]](#footnote-7). De ahí que las entidades de *régimen especial[[8]](#footnote-8)* en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al EGCAP, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este.

Si bien en los últimos años se ha presentado un intenso debate al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, acerca de la posibilidad de las entidades con régimen especial de contratación de ejercer autotutela declarativa, imponiendo las sanciones pactadas en el contrato[[9]](#footnote-9). Esta Subdirección ha considerado que la potestad sancionatoria debe consagrarse expresamente en la ley, para que sea viable su ejercicio; además, es necesario que se regule previamente y a nivel legal el procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones. Ambas condiciones son la materialización de los principios de competencia y de legalidad de las formas propias de cada juicio, contenidas en el derecho fundamental al debido proceso, que rige también en las actuaciones administrativas, según lo indica el primer inciso del artículo 29 de la Constitución[[10]](#footnote-10) y el artículo 3, numeral 1 de la Ley 1437 de 2011[[11]](#footnote-11).

Por tanto, las entidades de *régimen especial* pueden pactar en el contrato que, ante el incumplimiento del contratista, se activará el derecho al pago de sanciones, como la multa o la cláusula penal pecuniaria, pero para hacerlas efectivas deben acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, que, como lo ha indicado la jurisprudencia, es un medio de control «pluripretensional»[[12]](#footnote-12), pues admite canalizar a través de él múltiples pretensiones, como la solicitud de declaratoria de incumplimiento y consecuencialmente la imposición de las sanciones estipuladas en el contrato. En efecto, dicho artículo establece que en la demanda se puede pedir «[…] que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas […]».

Por ello, esta Subdirección no considera que las entidades de régimen especial, que se exceptúan de la aplicación del EGCAP, tengan competencia para imponer unilateralmente sanciones contractuales[[13]](#footnote-13). Sin perjuicio de lo anterior, existen entidades de régimen especial que tienen competencia para declarar la caducidad del contrato, pues la ley las sujeta a las normas de derecho privado, pero les permite ejercer esta exorbitancia. Tal es el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios[[14]](#footnote-14) y de las empresas sociales del Estado[[15]](#footnote-15). En tales eventos, las entidades de régimen especial deben aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ya que en el pacto e imposición de la caducidad se consideran entidades sometidas al EGCAP. Sin embargo, una posibilidad como la anterior se restringe a los supuestos donde, pese a tratarse de entidades de régimen especial, existe una atribución particular de potestades excepcionales, cuya regulación las remita particularmente al EGCAP.

**2.2. El régimen de caducidad del contrato por colaboración con grupos armados al margen de la ley**

La existencia de grupos armados al margen de la ley cuya actividad incide en las más diversas esferas y ámbitos de la vida socioeconómica, ha sido sin duda alguna la coyuntura de mayor relevancia en los últimos sesenta años en Colombia. La dimensión de esta problemática ha ameritado la atención de las instituciones quienes, a lo largo de los últimos años, han desarrollado políticas públicas e instrumentos normativos para promover la paz, la convivencia pacífica, la realización de la justicia material y la garantía del orden público.

Dentro de ese marco el Congreso de la República expidió la Ley 418 de 1997, *«Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones»*. Dicha ley tiene dos ejes fundamentales: por un lado, establece los mecanismos que permiten adelantar una política de diálogo y reconciliación y, por otro, «brinda instrumentos para el fortalecimiento institucional en diversas áreas como la seguridad ciudadana y la preservación del orden público»[[16]](#footnote-16). En línea con los objetivos generales de la ley, entre los principales asuntos regulados por esta se destaca la competencia del Gobierno Nacional para adelantar negociaciones de paz con grupos armados al margen de la ley[[17]](#footnote-17).

En su *parte general*, la Ley 418 de 1997, regula aspectos relativos a instrumentos para la búsqueda de la convivencia[[18]](#footnote-18), atención a las víctimas de hechos violentos que se susciten en el marco del conflicto armado interno[[19]](#footnote-19) y laextinción de la acción penal y de la pena en casos de delitos políticos[[20]](#footnote-20). En su segunda parte, titulada *mecanismos para la eficacia de la justicia*, la mencionada ley se refiere ala **protección a intervinientes en el proceso penal**[[21]](#footnote-21)**, el control sobre el uso de los recursos de las entidades territoriales o administradas por estas**[[22]](#footnote-22)**, la posibilidad de imponer sanciones a contratistas**[[23]](#footnote-23)**, el** embargo preventivo y extinción del derecho de dominio de bienes vinculados a la comisión de delitos[[24]](#footnote-24), s**istemas de radiocomunicaciones**[[25]](#footnote-25)**,** sanciones por incumplimiento de las órdenes del Presidente de la República en materia de orden público[[26]](#footnote-26), **fuentes de financiación de programas estatales**[[27]](#footnote-27) **y normas sobre** reservas y adjudicación de terrenos baldíos[[28]](#footnote-28).

 La vigencia de esta ley, en principio, se estableció para un término de dos años contados a partir de su promulgación, ocurrida el 27 de diciembre de 1997, por lo que estaría vigente hasta 1999[[29]](#footnote-29). Sin embargo, la Ley 418 de 1997 fue objeto de múltiples modificaciones que han prorrogado la vigencia de gran parte de su contenido. Así por ejemplo las Leyes 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010, 1738 de 2014 y 1941 de 2018, las cuales de manera sucesiva han ido extendiendo la vigencia del grueso de las normas incluidas en la Ley 418 de 1997 por periodos sucesivos de cuatro años, extendiéndose el último hasta el año 2022.

 Entre las disposiciones vigentes de la Ley 418 de 1997 se encuentran los artículos 90 a 95, en los cuales se regulan facultades en virtud de las cuales las entidades estatales pueden declarar la caducidad o liquidar unilateralmente contratos estatales, en cuya ejecución el contratista colabore con grupos armados al margen de la ley incurriendo en los supuestos de hecho establecidos en el artículo 90.

 Sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997, las entidades públicas tienen la facultad de declarar la caducidad de los contratos que celebren cuando el contratista en la ejecución del contrato colabore con grupos armados al margen de la ley mediante conductas como: a) ceder injustificadamente ante las amenazas proferidas por dichos grupos; b) recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a tales grupos o colaborar y prestar ayuda a los mismos; c) construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de dichos grupos; d) paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de dichos grupos; y e) incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichos grupos, conocidos con ocasión del contrato[[30]](#footnote-30)-[[31]](#footnote-31). Configurada alguna de las causales, de conformidad con el artículo 91, la entidad contratante deberá declarar la caducidad mediante resolución motivada, en la cual además podrá hacer efectivas la cláusula penal y las multas contractuales a que hubiere lugar[[32]](#footnote-32).

 De conformidad con el artículo 92, puede ocurrir que la configuración de alguna de las causales de caducidad del artículo 90 *Ibídem*, se evidencie en el desarrollo de investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación o la Procuraduría General de la Nación en el marco de sus competencias. En esta situación, los representantes de dichas entidades deberán solicitar a la entidad estatal competente que se sirva declarar la caducidad del contrato[[33]](#footnote-33).

De otra parte, el artículo 93 faculta a los contratistas de las entidades públicas para terminar unilateralmente los subcontratos que hayan celebrado, cuando los subcontratistas incurran en alguna de las causales del artículo 90. Dicha terminación unilateral podrá realizarse de oficio por el contratista, o cuando esta sea solicitada por la entidad estatal contratante, el Fiscal General de la Nación o el Procurador General de la Nación cuando estos evidencien su procedencia[[34]](#footnote-34).

El artículo 94 dispone que las cláusulas de caducidad y terminación unilateral se entienden incorporadas en todos los contratos celebrados por entidades públicas, así como en los subcontratos, tanto en los que se encontraban en ejecución a la fecha de promulgación de la referida ley, como en los celebrados posteriormente[[35]](#footnote-35).

 Por último, el artículo 95 establece como causal de mala conducta, el hecho de que el servidor público llamado a hacerlo no declare la caducidad, no ordene la terminación unilateral de los subcontratos, o no informe hechos irregulares ocurridos en la ejecución del contrato a las autoridades competentes[[36]](#footnote-36).

 Como se sigue del análisis de los artículos mencionados, la Ley 418 de 1997, al margen de lo regulado por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, establece el deber de declarar la caducidad de contratos estatales cuando el contratista o el subcontratista incurre en unas circunstancias particulares relacionadas con la actividad de grupos armados organizados al margen de la ley. Esto indica que debe distinguirse entre caducidad regulada por la Ley 80 de 1993 y la de la Ley 418 de 1997.

 En ese sentido, las facultades derivadas de esta última son potestades que están concebidas para situaciones diferentes la contempladas por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, las cuales no necesariamente están asociadas a hechos que impliquen un incumplimiento por parte del contratista que afecte de manera grave la ejecución. Por el contrario, guardan conexión con algunas conductas relacionadas con actividades de grupos armados al margen de la ley respecto del contrato, que el legislador ha decidido sancionar con la caducidad del contrato.

 La consagración de estas causales tiene como antecedente normativo el Decreto legislativo 1875 de 1992, expedido en el marco del estado de conmoción interior declarado mediante el Decreto 1793 de 1992, en razón a la grave situación de orden público que atravesaba el país en ese entonces a causa del gran número de actos terroristas propiciados por el crimen organizado y los grupos armados al margen de la ley[[37]](#footnote-37). Vencida dicha situación excepcional, ante la subsistencia de tales actores armados, el Legislador expidió la Ley 104 de 1993, en la que de manera similar a lo establecido por la Ley 418 de 1997, se regularon distintos asuntos como instrumentos para la búsqueda de la convivencia, atención a las víctimas de hechos violentos que se susciten en el marco del conflicto armado interno, la extinción de la acción penal y de la pena en casos de delitos políticos, el embargo preventivo y extinción del derecho de dominio de bienes vinculados a la comisión de delitos, entre otros asuntos. Al igual que la Ley 418 de 1997, la Ley 104 de 1993 estableció el deber de declarar la caducidad de los contratos estatales por la comisión de conductas que la ley asimila a patrocinio o colaboración con las actividades ilícitas de grupos armados, conforme fue regulado por los artículos 82 a 88 de dicha norma, cuyo contenido fue mayormente reproducido por los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997[[38]](#footnote-38). Al respecto, la doctrina considera que:

Las principales características del régimen especial de la caducidad, establecido en el artículo 5.5 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 90 de la Ley 418 de 1997, es que no solo se aplica a contratos de obra pública y concesión de servicios públicos y bienes del Estado, como ocurre en el régimen general consagrado en el artículo 14.2 y 18 de la Ley 80 de 1993, sino a todos los contratos que celebren las entidades públicas; no tiene como finalidad la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos que se le encomiendan a la Administración Pública sino que propende por la seguridad del Estado y el mantenimiento del orden público (típica actividad de policía). Los efectos de la caducidad al igual que en el régimen general, es la terminación y liquidación del contrato, la efectividad de la cláusula penal, la exigibilidad de la garantía contractual y la inhabilidad del contratista para participar en licitaciones y concursos y celebrar contratos con entidades públicos[[39]](#footnote-39).

 Ahora bien, el parágrafo tercero del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007[[40]](#footnote-40), indica que los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 deberán aplicarse en los contratos a los que aquel se refiere. Esta norma regula la promoción del desarrollo en la contratación pública, estableciendo la posibilidad de desarrollar procesos de selección en los que se limite la participación a micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–. Asimismo, consagra la facultad de establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por mipymes. Por otro lado, dispone la posibilidad de desarrollar mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales por parte de grupos poblacionales vulnerables y sujetos de especial protección constitucional.

Esta disposición, conforme a su redacción original, e incluso tras ser modificada por la Ley 1474 de 2011, era aplicable a los procesos de selección adelantados conforme al EGCAP. No obstante, con la modificación introducida por la Ley 2069 de 2020, también lo es respecto de las entidades exceptuadas, en la medida que la redacción vigente del inciso primero de dicha norma indica que esta debe aplicarse por «las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación»[[41]](#footnote-41).

 De acuerdo con esto, la modificación introducida en el inciso primero del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, por parte del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, tendiente a hacer extensiva su aplicación a todo tipo de entidades estatales sin importar a su régimen de contratación, implica que el ámbito de aplicación del parágrafo tercero de dicha norma también se extiende a las entidades públicas con régimen especial de contratación especial. Esto supone que, por efectos de la entrada en vigencia de la Ley 2069 de 2020, las entidades estatales que contratan conforme al derecho privado están ahora facultadas para declarar caducidad conforme a la Ley 418 de 1997.

 Por tanto, lo dispuesto en el parágrafo tercero del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, constituye una remisión normativa materializada por el legislador en el propósito de hacer explícitos los deberes que derivan de los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997, respecto de la contratación regulada por aquel.

1. **Respuesta**

«1. […] ¿significa que las entidades estatales de régimen especial, que por regla general no tienen potestades excepcionales, podrán incluirlas en los procesos de selección cuando se limiten las convocatorias a Mipymes?

2. ¿En qué otros casos, las entidades estatales con régimen especial pueden incluir potestades excepcionales? […]».

En los contratos regidos por el derecho privado, respecto a los cuales no exista alguna norma específica que autorice la aplicación de las cláusulas excepcionales a las que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, como ocurre en algunos contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios y las empresas sociales del Estado, no es posible incluir este tipo de cláusulas.

 Sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997, todas las entidades públicas tienen la facultad de declarar la caducidad de los contratos que celebren cuando el contratista en la ejecución del contrato colabore con grupos armados al margen de la ley mediante conductas como: a) ceder injustificadamente ante las amenazas proferidas por dichos grupos; b) recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a tales grupos o colaborar y prestar ayuda a los mismos; c) construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de dichos grupos; d) paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de dichos grupos; y e) incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichos grupos, conocidos con ocasión del contrato.

Dicha facultad para declarar la caducidad con sustento en la Ley 418 de 1997 podrá ejercerse respecto de cualquier contrato en el que una entidad pública actúe como contratante, y no solo en aquellos que sean producto de convocatorias limitadas a mipymes. Estas normas se extienden al régimen de las entidades exceptuadas en virtud del parágrafo tercero del artículo 34 de la Ley de Emprendimiento.

«3. Las entidades estatales con régimen especial que deseen suscribir un contrato de fiducia ¿Cuál de los procesos de selección establecidos en la Ley 1150 de 2007 deben utilizar? o ¿Deben adelantarlo conforme al proceso de selección establecido en su reglamento interno?».

La pregunta planteada por la peticionaria exige un estudio de un tema particular no referido a una norma de carácter general en particular, por lo que debe tenerse en cuenta que la competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente está atribuida en el Decreto 4170 de 2011, particularmente en los artículos 3, numeral 5 y 11, numeral 8, que la habilitan para absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En esta medida, la Agencia no tiene la competencia para resolver la pregunta en los términos planteados por la peticionaria.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. En cuanto a la oportunidad para su imposición, el Consejo de Estado ha precisado: «(…) 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» Sección Tercera, Sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 15.024 y ponencia de Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-1)
2. Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-2)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Exp. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia C-827 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17.009, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional. Sentencia C-499 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-6)
7. Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dice: «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 […]». [↑](#footnote-ref-7)
8. Se entiende por entidades de *régimen especial* aquellas que tienen un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que por regla general se rigen por el derecho privado. [↑](#footnote-ref-8)
9. Providencias que avalaron dicha tesis fueron las siguientes: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 20 de febrero de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expedientes: 56939 y 56562. En cambio, la consideración de que las entidades de régimen especial, por regla general, no pueden ejercer esta potestad sancionatoria, se plantea en las sentencias del Consejo de Estado. Sección Tercera. 1 de agosto de 2018. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente: 39277 y del 14 de febrero de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 38937. [↑](#footnote-ref-9)
10. «Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

»Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

»En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

»Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

»Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso». [↑](#footnote-ref-10)
11. «Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

»Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

»1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

»En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus y non bis in ídem*[…]»*.* [↑](#footnote-ref-11)
12. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 12 de diciembre de 2017. Exp. 60.477. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa [↑](#footnote-ref-12)
13. Como se ha señalado en distintos conceptos de esta Subdirección, como el C-219 del 29 de abril de 2020 y el C-280 del 6 de julio de 2020. [↑](#footnote-ref-13)
14. El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, establece: «Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

»Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

»PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993». [↑](#footnote-ref-14)
15. El artículo 195, numeral 6 de la Ley 100 de 1993 establece que las empresas sociales del Estado: «En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública». [↑](#footnote-ref-15)
16. Gaceta del Congreso. Senado y Cámara-. Año XXVII - Nº 810 Bogotá, D. C., 4 de octubre de 2018. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ley 418 de 1997 «Artículo 1**º.** Las normas consagradas en la presente ley tienen por objeto dotar al Estado colombiano de instrumentos eficaces para asegurar la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Política y/o los Tratados Internacionales aprobados por Colombia.

[…]

»Artículo 3**º.** El Estado propenderá por el establecimiento de un orden social justo que asegure la convivencia pacífica, la protección de los derechos y libertades de los individuos y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados, tendientes a lograr condiciones de igualdad real y a proveer a todos de las mismas oportunidades para su adecuado desenvolvimiento, el de su familia y su grupo social.

   »**Artículo 4°.** Las autoridades procurarán que los particulares resuelvan sus diferencias de manera democrática y pacífica, facilitarán la participación de todos en las decisiones que los afectan y deberán resolver de manera pronta las solicitudes que los ciudadanos les presenten para la satisfacción de sus necesidades y la prevención y tratamiento de las perturbaciones a la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y el ambiente.

»Artículo 5**º.** Las autoridades garantizarán conforme a la Constitución Política y las leyes de la República, el libre desarrollo, expresión y actuación de los movimientos cívicos, sociales y de las protestas populares».  [↑](#footnote-ref-17)
18. Artículos 10 a 14. [↑](#footnote-ref-18)
19. Artículos 14 a 49C. [↑](#footnote-ref-19)
20. Artículos 60 a 66. [↑](#footnote-ref-20)
21. Artículos 67 a 83. [↑](#footnote-ref-21)
22. Artículos 84 a 89. Estos artículos fueron derogados por el artículo 46 de la Ley 782 de 2002. [↑](#footnote-ref-22)
23. Artículos 90 a 95. [↑](#footnote-ref-23)
24. Artículos 96 a 98. [↑](#footnote-ref-24)
25. Artículos 99 a 104. [↑](#footnote-ref-25)
26. Artículos 105 a 116. [↑](#footnote-ref-26)
27. Artículos 117 a 122. [↑](#footnote-ref-27)
28. Artículos 123 a 130. [↑](#footnote-ref-28)
29. «Artículo 131**.** Esta ley tendrá una vigencia de dos (2) años a partir de la fecha de su promulgación, deroga las Leyes 104 de 1993 y 241 de 1995, así como las disposiciones que le sean contrarias.

»Artículo 132**.** La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación».    [↑](#footnote-ref-29)
30. «Artículo 90. El Gobierno podrá declarar la caducidad o decretar la liquidación unilateral de todo contrato celebrado por una entidad pública, cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato y en relación con los grupos armados organizados al margen de la ley, en cualquiera de las siguientes causales:

 »Ceder injustificadamente ante las amenazas proferidas por dichos grupos.

 »Recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a tales grupos o colaborar y prestar ayuda a los mismos.

 »Construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de dichos grupos.

 »Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de dichos grupos.

 »Incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichos grupos, conocidos con ocasión del contrato.

 »Parágrafo. Para efecto de lo dispuesto en el presente artículo, constituye hecho del contratista la conducta de sus agentes o dependientes, de la cual haya tenido conocimiento». [↑](#footnote-ref-30)
31. Sobre esta particular causal de caducidad la doctrina ha señalado: «Para eventos en que el contratista se presta a la manipulación o extorsión de grupos al margen de la ley, siguiendo los lineamientos esbozados por el numeral 5 del artículo 5º del estatuto. La intimidación de la guerrilla debe propiciar la información inmediata a las autoridades en procura de recibir protección y facilitar la ejecución del contrato, so pena de la caducidad. Además, tales leyes ordenan la terminación […] De manera inapropiada el legislador emplea como sinónimo de caducidad, el de liquidación unilateral (art. 90 L. 418 de 1997), que son institutos diferentes». DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición. Legis Editores. Bogotá. 2016. Págs. 669-670. [↑](#footnote-ref-31)
32. «**Artículo 91.** La declaratoria de caducidad deberá proferirse mediante resolución motivada de la entidad contratante, haciendo efectivas la cláusula penal y las multas contractuales a que hubiere lugar. Dicha resolución prestará mérito ejecutivo contra el contratista y las personas que hayan constituido las respectivas garantías y se hará efectiva por jurisdicción coactiva.

  »La notificación de la providencia de caducidad se sujetará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

  »En firme la providencia de caducidad, se procederá a liquidar el contrato sin que haya lugar al pago de indemnización alguna a favor del contratista.

  »En ningún caso la aplicación de esta cláusula podrá ser sometida a conciliación o a decisión arbitral.

  »Los contratistas a quienes les sea declarada la caducidad quedarán inhabilitados para celebrar por sí, o por interpuesta persona, contratos con las entidades públicas definidas en la Ley 80 de 1993».   [↑](#footnote-ref-32)
33. «Artículo 92. Cuando el Procurador General de la Nación o el Fiscal General de la Nación, en desarrollo de investigaciones adelantadas en el ejercicio de sus funciones, establezcan la existencia de las conductas a que se refiere el artículo 90 de esta ley, solicitará a la autoridad competente que declare la caducidad del contrato, con base en las circunstancias que señalen dichos funcionarios en su solicitud». [↑](#footnote-ref-33)
34. «Artículo 93. El Contratista procederá a terminar unilateralmente los subcontratos que celebre en desarrollo de los contratos a que hace referencia el artículo 90 de la presente ley, cuando establezca que el subcontratista incurrió en alguna de las conductas previstas en el mismo artículo. Igualmente deberá terminarlos cuando se lo solicite la entidad pública contratante, el Fiscal General de la Nación o el Procurador General de la Nación, en razón de que dichos funcionarios establezcan la ocurrencia de los hechos a que se ha hecho referencia.

 »Cuando, sin justa causa, el contratista no dé por terminado unilateralmente el subcontrato, o cuando no atienda la solicitud que en tal sentido le formule la entidad pública contratante, el Procurador o el Fiscal, la entidad competente procederá a aplicar las multas previstas en el contrato, y, si es del caso, a declarar su caducidad.

 »Parágrafo. La terminación unilateral a que hace referencia el presente artículo no requerirá decisión judicial ni dará lugar al pago de indemnización de perjuicios». [↑](#footnote-ref-34)
35. «Artículo 94. Las cláusulas de caducidad y de terminación unilateral a que se refiere el presente capítulo, se entienden incorporadas, respectivamente, en todos los contratos y subcontratos que se encuentren en ejecución a la fecha de promulgación de la presente ley, así como en aquellos que se celebren a partir de la misma».

 [↑](#footnote-ref-35)
36. «Artículo 95. El servidor público, que sin justa causa, no declare la caducidad, no ordene la terminación unilateral de los subcontratos, o no informe de los hechos irregulares a las autoridades competentes, incurrirá en causal de mala conducta, cuando conforme a esta ley deba hacerlo.

 »La sanción respectiva se aplicará conforme al procedimiento previsto en las normas legales, y en el caso de gobernadores y alcaldes, con sujeción a los procedimientos previstos en el Título IV de la segunda parte de esta ley». [↑](#footnote-ref-36)
37. «**Artículo 1º** Habrá lugar a declarar la caducidad todo contrato celebrado por una entidad pública cuando el contratista incurra en cualquiera de las conductas contempladas en los artículos 2º y 3º de este Decreto.

   »Para efectos del presente artículo se consideran entidades públicas, la Nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades sujetas al régimen de dichas empresas, cualquiera que sea el nivel a que pertenezcan estas entidades descentralizadas.

  [[volver]](http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1364330" \l "arriba) »**Artículo 2º** La caducidad de que trata el artículo 1º del presente Decreto podrá declararse cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato, en cualquiera de las siguientes conductas:

   »1. Hacer, tolerar u omitir alguna cosa invocando o cediendo injustificadamente a amenazas por parte de la delincuencia organizada o de grupos guerrilleros.

   »2. Recibir, suministrar, administrar, invertir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a la delincuencia organizada o a grupos guerrilleros.

   »3. Colaborar o prestar ayuda a la delincuencia organizada o a grupos guerrilleros.

   »4. Construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de la delincuencia organizada o de grupos guerrilleros.

   »5. Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de la delincuencia organizada, de los grupos guerrilleros o de sus miembros.

   »**Parágrafo.** Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo constituye hecho del contratista la conducta de sus agentes o dependientes, de la cual haya tenido conocimiento el contratista.

  [[volver]](http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1364330" \l "arriba)»**Artículo 3º** También podrá declararse la caducidad cuando el contratista o la persona que ejerza su representación legal incumpla el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión haya conocido con ocasión del contrato, que sean cometidos por integrantes de la delincuencia organizada o de grupos guerrilleros».  [↑](#footnote-ref-37)
38. Al respecto la doctrina nacional ha señalado: «La Ley 104 de 1993, denominada de Orden Público, en su artículo 82, dispuso que el gobierno podrá declarar la caducidad o la liquidación unilateral del contrato cuando el contratista ceda a amenazas de la delincuencia organizada o de los grupos de guerrilla, y en virtud de ellas colabore con ellos o, también, aun cuando no haya amenazas, por la sola circunstancia de no denunciar los hechos punibles que dichos delincuentes o guerrilleros hayan cometido y que el contratista haya conocido con ocasión de la ejecución del contrato […] El origen de esta causal se encuentra en el Decreto 1875 de 1992, expedido en ejercicio de las facultades derivadas de la declaratoria del estado de conmoción interior, decretado durante el gobierno de César Gaviria Trujillo, como una medida para combatir el pago por secuestros de los ingenieros de las empresas extranjeras y las presiones a estas, fuente de financiación de la subversión en esos momentos, sanción que desdibuja la naturaleza de la caducidad, que no deber ser otra que la última medida administrativa, cuando se deduce por la entidad que del incumplimiento grave de la obligaciones por parte del contratista se paralizará la ejecución del objeto contratado». PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Octava edición. Librería Jurídica Sánchez. Medellín. 2020. Págs 512-513. [↑](#footnote-ref-38)
39. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 2000. p. 377. [↑](#footnote-ref-39)
40. El texto original de la Ley 1150 de 2007 contemplaba el mismo texto como parágrafo primero. [↑](#footnote-ref-40)
41. «Artículo 12. Promoción del desarrollo en la contratación pública. <Artículo modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:> De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que, en desarrollo de los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, adopten en beneficio de las Mipyme, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés de por lo menos dos (2) Mipyme.

»Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipyme, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes, cuando sean aplicables.

»En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en el Proceso de Contratación.

»De igual forma, en los pliegos de condiciones dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

»Parágrafo 1o. En los Procesos de Contratación que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipyme del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

»Parágrafo 2o. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.

»Parágrafo 3o. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen»

. [↑](#footnote-ref-41)