CCE-DES-FM-17

**CONTRATOS ESTATALES – Potestades excepcionales – Cláusulas excepcionales**

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 ibídem; 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 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 cuanto se refiere a los contratos de suministro y prestación de servicios, las cláusulas excepcionales deben ser pactadas expresamente por las partes.

**CONTRATOS ESTATALES – Régimen sancionatorio – Cláusulas excepcionales – Procedimiento para su aplicación**

[…] para la aplicación de las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales no se aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que no son sanciones al contratista. Para la expedición de estos actos unilaterales se deberán tener en cuenta las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como lo acordado por las partes en el contrato estatal. Además, estos actos deberán cumplir los siguientes requisitos: i) que su finalidad sea exclusivamente evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos; ii) que se realicen mediante acto administrativo debidamente motivado; iii) que en la interpretación y la modificación unilaterales, previamente se busque llegar a un acuerdo con el contratista y iv) que la causa de la terminación unilateral sea cualquiera de los eventos señalados en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

Respecto de la cláusula excepcional de caducidad, dada su naturaleza sancionatoria, aplica el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.



Bogotá, 24 Agosto 2021

Señora

**Julianna Gil Behaine**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 420 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CONTRATOS ESTATALES – Potestades excepcionales – Cláusulas excepcionales / CONTRATOS ESTATALES – Régimen sancionatorio – Cláusulas excepcionales – Procedimiento para su aplicación |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210709006063. |
|  |  |

Respetada señora Gil:

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 con fecha de 09 de julio de 2021.

1. **Problema planteado**

Con respecto a las cláusulas excepcionales de la contratación pública y su procedimiento, usted pregunta:

«[…] 1. ¿Qué procedimiento se debe surtir o aplicar para la declaratoria de caducidad?

1.1. ¿Se debe aplicar el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o el Procedimiento Administrativo General del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo – CPACA –?

2. ¿Qué procedimeinto (sic) se debe surtir o aplicar para emitir acto administrativo de terminación, interpretación o modificación unilateral?

3. ¿La terminación, interpretación o modificación unilateral son aplicables por incumplimientos?

4. ¿La terminación, interpretación o modificación unilateral correpsonden (sic) a facultad sancionatoria?».

1. **Consideraciones**

Para absolver los interrogantes formulados, esta dependencia analizará los siguientes temas: i) las potestades excepcionales establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y ii) el procedimiento establecido para la aplicación de las cláusulas excepcionales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre las cláusulas excepcionales, su aplicación y efectos, así como 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, tesis que ha sido desarrollada en los conceptos con Radicado No. 2201913000007661 del 16 de junio de 2019, C-010 del 19 de junio de 2020, C-527 del 12 de agosto de 2020, C-219 del 24 de abril de 2020, C-025 del 25 de febrero de 2021 y C-128 del 05 de abril de 2021, entre otros, y que 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 *ibídem*; 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.

 En esta oportunidad nos referiremos únicamente a las primeras, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pues son las que guardan relación con la consulta elevada. Estas 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. ii) En cuanto se refiere a los contratos de suministro y prestación de servicios, las cláusulas excepcionales deben ser pactadas expresamente por las partes. iii) De otro lado, en las tipologías y objetos contractuales señalados en el parágrafo del artículo 14 no es posible pactar estas cláusulas, además que tampoco sería posible hacerlo en cualquier otro contrato donde no exista una autorización o facultad legal para incluirlas.

En relación con la ejecución de estas cláusulas, el Consejo de Estado ha expresado que «[…]poseen la característica esencial de que pueden ser ejecutadas de manera unilateral por la entidad que las pactó a su favor, lo que significa que no debe acudir a instancias judiciales para obtener el cumplimiento de la decisión ni, mucho menos, contar con la aprobación de la otra parte contratante para hacerla efectiva»[[1]](#footnote-1).

 La cláusula excepcional de interpretación unilateral está consagrada en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993. Esta procede si durante la ejecución del contrato surgen *discrepancias* entre la entidad estatal y el contratista 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. En ese caso, si no se logra acuerdo con el contratista, la entidad estatal realizará la interpretación unilateral de las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia, mediante acto administrativo debidamente motivado.

 Por su parte, la cláusula excepcional de modificación unilateral está consagrada en el artículo 16, y «procede 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»[[2]](#footnote-2).

 La cláusula excepcional de terminación unilateral se encuentra regulada en el artículo 17 y procede frente a los eventos expresamente allí señalados, estos son: i) cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga; ii) por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista; iii) por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista; iv) por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

 En estos casos, mediante acto administrativo motivado, la entidad estatal podrá terminar de manera anticipada el contrato, sin perjuicio de que pueda continuar la ejecución con el garante en el caso de los eventos contemplados en los numerales 2 y 3.

Finalmente, 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[[3]](#footnote-3).

 En tal sentido, por ejemplo, en la sentencia del 7 de octubre de 2009 –Exp. 17936–, la Sección Tercera del Consejo de Estado definió esta sanción contractual como una manifestación efectiva del poder sancionatorio sobre el contratista como consecuencia del incumplimiento contractual e incluyó esta cláusula excepcional dentro de los tipos de sanciones en materia contractual, de la siguiente manera:

En el ejercicio de la potestad sancionatoria en materia contractual se han identificado varios tipos a saber: (i) sanciones pecuniarias como la efectividad de la cláusula penal; (ii) *sanciones rescisorias como el decreto de la caducidad* del contrato y (iii) sanciones coercitivas como la imposición de multas. (Subrayado fuera del texto).

 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 (5) años para participar en procesos de selección y celebrar contratos con el Estado, iv) constituye el siniestro de incumplimiento, y, por consiguiente, la 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.

Como se desprende de lo anterior, es evidente que las consecuencias de la caducidad, en tanto es considerada una sanción, difieren de las provocadas con la modificación, interpretación y terminación unilaterales. En efecto, en la sentencia del 10 de noviembre de 2017 –exp. 39.536–, la Sección Tercera del Consejo de Estado hace una comparación entre la terminación unilateral y la caducidad, resaltando las consecuencias de esta última a la que considera propiamente una sanción, mientras que señala que la otra no tiene dicha connotación:

En virtud de la declaratoria de *caducidad administrativa*(que es propiamente una sanción) no se reconoce indemnización alguna al contratista y éste se hace “… *acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley”* (artículo 18, Ley 80), entre éstas, una inhabilidad que le impide participar en licitaciones y celebrar contratos con cualquier entidad estatal por el lapso de cinco (5) años (artículo 8, numeral 1, letra c, Ley 80) y le impone la obligación de ceder los contratos estatales que ya hubiere celebrado o, en su defecto, renunciar a su participación en los mismos si la cesión no fuere posible (artículo 9, *ibídem*).

[…] Cada vez que un organismo o entidad estatal ejerce la potestad excepcional de *terminación unilateral* del contrato, debe proceder al reconocimiento y 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”* (artículo 14, numeral 1, inciso 2, Ley 80). Lo anterior pone de manifiesto que esta especie o modalidad de terminación unilateral de los contratos no comporta ninguna sanción y, por tanto, tampoco genera inhabilidad alguna para el contratista afectado (contrario a lo que sucede con la caducidad).

 Así las cosas, las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales no parten del supuesto de incumplimiento del contratista. A ellas se arriba por varias razones: posibles discrepancias que puedan surgir entre las partes en la interpretación de las cláusulas y documentos del contrato; la necesidad de suprimir o adicionar obras, trabajos, suministros o servicios; o por circunstancias como la disolución de la persona jurídica, una situación de orden público, entre otras causas. En todos estos eventos, el contratista no ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones, sino que la entidad estatal, para evitar la paralización o la afectación grave de los servicios, tiene el deber de proceder con su interpretación, modificación o terminación de manera unilateral.

 En consecuencia, las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales no se encuentran dentro del régimen sancionatorio en materia de contratación estatal. Esto, por cuanto su aplicación no obedece a circunstancias de incumplimiento del contrato, como sí ocurre con la caducidad, de manera que aquellas son el resultado del deber de dirección, control y vigilancia del contrato estatal, con miras a evitar la paralización o la afectación grave de los servicios por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[4]](#footnote-4).

**2.2. El procedimiento establecido para la aplicación de las cláusulas excepcionales**

De acuerdo con la consulta planteada, para efectos de determinar el procedimiento que debe regir para el ejercicio de las cláusulas excepcionales en los contratos estatales, conviene tener en cuenta su naturaleza. Así, si se trata de una sanción, como es el caso de la caducidad, el procedimiento aplicable corresponde al descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; en el caso de las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales, al no existir un procedimientos expresamente establecido o regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se deberán observar las pocas normas procedimentales establecidas en dicho estatuto, complementándose en gran medida con la estructura y disposiciones del procedimiento administrativo general regulado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–.

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las reglas de procedimiento, mediante las cuales se materializan los derechos y garantías derivadas del debido proceso, para su aplicación concreta en materia sancionatoria contractual. De conformidad con esta disposición, 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» En tal sentido, este es el procedimiento establecido para hacer efectivas las actuaciones indicadas anteriormente, dentro de las cuales se encuentran las sanciones contractuales, incluyendo la caducidad del contrato.

 Cabe destacar que esta norma no se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, o independientemente de su gravedad, debe hacerse con plena observancia de las reglas procedimentales establecidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto es así como consecuencia del «principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete»[[5]](#footnote-5). A la misma conclusión se llega si se tiene en consideración la necesidad de respetar el debido proceso en «todas las actuaciones administrativas» como lo ordena el artículo 29 superior.

De conformidad con lo anterior, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir, las cuales se sintetizan, de forma esquemática, así: i) c*itación a audiencia*. Es necesario remitir una citación a audiencia al contratista y al garante –cuando proceda–, cuyo contenido de señalará más adelante. 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, así como al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso. Finalmente, 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 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 llegue a efectuarse.

 Por otra parte, la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–, aplica a las actuaciones de todas las autoridades y particulares que desempeñan funciones administrativas. El artículo 47 de esta ley consagra el procedimiento administrativo sancionatorio, y señala expresamente en su parágrafo 1 que «Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia».

 Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el mismo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el inciso tercero del artículo 2, prevé que, en lo no previsto en los procedimientos regulados en leyes especiales, se aplicarán los procedimientos establecidos en dicho código.

 En armonía con lo señalado en precedencia, la Ley 80 de 1993, la cual dispone las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales[[6]](#footnote-6), consagra en el artículo 77 que, en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esa ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales y, a falta de éstas, regirán las disposiciones del Código General del Proceso.

 De acuerdo con lo anterior, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula en el Capítulo III del Título III, artículo 47 y subsiguientes, el procedimiento administrativo sancionatorio general dentro de la función administrativa. Por su parte, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula el procedimiento administrativo sancionatorio que se debe surtir dentro de la actuación contractual, y está dirigido particularmente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

 De esta manera, existiendo en el ordenamiento jurídico colombiano un procedimiento especial para declarar cualquier incumplimiento del contrato estatal, y siendo el incumplimiento del contrato un presupuesto para declarar la caducidad, a esta cláusula excepcional se aplica el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por ser la norma especial.

 De otro lado, frente al procedimiento aplicable para la interpretación, modificación y terminación unilaterales, teniendo claro que no se trata de sanciones y que no obedecen a circunstancias de incumplimiento del contratista, ni generan algún tipo de sanción o inhabilidad, no se les aplica el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En efecto, las actuaciones indicadas no se enmarcan en alguno de los supuestos establecidos en el inciso primero de la norma citada, la cual define el ámbito de aplicación de dicho procedimiento especial.

 No obstante, es oportuno recordar que la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012, destaca lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 13 de agosto de 2009, sobre la modificación unilateral del contrato estatal y la necesidad de tratar de llegar a un acuerdo con el contratista antes de realizar la modificación de manera unilateral:

En el caso colombiano, la modificación puede ser fruto de un acuerdo de voluntades o de una decisión unilateral de la entidad contratante en ejercicio de su función de dirección del contrato. En este sentido y en relación con la interpretación del artículo 16 de la ley 80, la Sala de Consulta aseveró:

“Un comentario inicial de este artículo consiste en distinguir entre las situaciones que permiten la modificación del contrato y los procedimientos para hacerlo. Las situaciones son la paralización y la afectación grave del servicio público, y los procedimientos son dos: el común acuerdo, y el acto unilateral si no se obtiene aquel. No existe una reglamentación en la ley para buscar el acuerdo, de manera que las partes pueden convenirlo, bien sea en una cláusula del contrato o cada vez que fuere necesario. Cabe anotar que, a pesar de su claridad, esta norma generalmente se interpreta y comenta bajo la exclusiva óptica de una potestad excepcional y por lo mismo unilateral, dejando de lado los necesarios análisis de la posibilidad de convenir modificaciones”.

Esta misma orientación se aplica para el caso de la *interpretación* unilateral. En este evento, también se exige que se intente llegar a un acuerdo con el contratista para la interpretación bilateral de las disposiciones objeto de discordia entre las partes y, si no se logra dicho acuerdo, la entidad queda facultada para hacerlo de manera unilateral, siempre que se cumplan los demás presupuestos establecidos en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

Partiendo de este planteamiento jurisprudencial y de lo que señalan los artículos 15 y 16 de la Ley 80 de 1993, es posible concluir que las cláusulas excepcionales de modificación e interpretación unilaterales solo aplican en la medida que no se llegue a un acuerdo con el contratista. Por tanto, existen dos procedimientos: i) el procedimiento para el acuerdo común de modificación o interpretación bilateral; ii) el procedimiento para la expedición del acto administrativo en caso de que la modificación y la interpretación no se logre de común acuerdo.

Para el procedimiento de común acuerdo no hay una reglamentación en la ley, por lo que las partes podrán convenirlo en el contrato o cada vez que sea necesario. En todo caso, se debe tener en cuenta que los contratos estatales son solemnes, por lo que deben constar por escrito –entiéndase en medio físico como los celebrados a través del SECOP I, o en medio electrónico como los celebrados a través del SECOP II–. De igual manera, las modificaciones al contrato deben cumplir con dicha formalidad, es decir, hacerse por escrito. Esta postura ha sido fijada por el Consejo de Estado al indicar que:

De conformidad con las normas transcritas (artículos 39 y 41 Ley 80), respecto de los contratos estatales no es posible afirmar que con el simple consentimiento de las partes puedan ser perfeccionados, de lo cual se colige, de manera directa, que la modificación de los mismos, consistente en adición de obras, valor y período para la ejecución, también debe constar por escrito para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez. Esto último, en cuanto que la modificación respecto de un acuerdo que consta por escrito debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificatorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del segundo ha de ser exigida para el reconocimiento de eficacia, existencia y validez del primero […][[7]](#footnote-7).

Ahora bien, para el segundo procedimiento, el cual aplica en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo para modificar o interpretar el contrato, la entidad estatal procederá con la modificación o terminación unilateral, mediante acto administrativo motivado, para lo cual es importante que la entidad deje debidamente documentado el intento de llegar a un acuerdo, pese a que este haya fracasado. Ahora bien, para la expedición del acto administrativo se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en lo establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 2 y 34 del CPACA[[8]](#footnote-8), sin perjuicio que, como se ha indicado, se observen prevalentemente las disposiciones establecidas en el EGCAP:

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.

Ahora bien, frente a la *terminación* unilateral, el Consejo de Estado se ha pronunciado indicando que

Para declarar la terminación unilateral se requiere i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto[[9]](#footnote-9).

Cabe mencionar que de acuerdo con el inciso tercero del numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, contra los administrativos que declaran la interpretación, modificación o terminación unilaterales procede el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual.

 En conclusión, para la aplicación de las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales no se aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que no son sanciones frente al contratista, ni implican declarar el incumplimiento del contrato. En tal sentido, sin perjuicio de las precisiones anteriores, para la expedición de estos actos unilaterales se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en lo establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 2 y 34 del CPACA, sin perjuicio que, como se ha indicado, se observen prevalentemente las disposiciones establecidas en el EGCAP. En este sentido, se aplicarán particularmente las disposiciones establecidas respecto al procedimiento administrativo general regulado en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, así como lo acordado por las partes en el contrato estatal. Además, estos actos deberán cumplir los siguientes requisitos: i) que su finalidad sea exclusivamente evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos; ii) que se realicen mediante acto administrativo debidamente motivado; iii) que en la interpretación y la modificación unilaterales, previamente se busque llegar a un acuerdo con el contratista y iv) que la causa de la terminación unilateral sea cualquiera de los eventos señalados en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993. De otro lado, respecto de la cláusula excepcional de caducidad, dada su naturaleza sancionatoria, aplica el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

para la expedición del acto administrativo se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en lo establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio que, como se ha indicado, se observen en forma prevalente las disposiciones establecidas en el EGCAP

 **3. Respuesta**

«1. ¿Qué procedimiento se debe surtir o aplicar para la declaratoria de caducidad?

1.1. ¿Se debe aplicar el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o el Procedimiento Administrativo General del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo – CPACA –?»

La declaratoria de caducidad, que es una de las sanciones más severas que existe en la contratación estatal, se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento grave y directo que afecte la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, generando, entre otros efectos, una inhabilidad para contratar con el Estado por cinco (5) años.

Teniendo en cuenta su naturaleza sancionatoria, para efectos de su declaración y garantía del derecho al debido proceso, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deben adelantar el procedimiento regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual aplica para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Esto, por cuanto es la norma especial que regula la materia. Sin perjuicio de lo anterior, en lo no regulado en el artículo 86, deben aplicarse las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y a falta de estas, las del Código General del Proceso, de conformidad con lo establecido en los artículos 2 y 47 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

«2. ¿Qué procedimeinto (sic) se debe surtir o aplicar para emitir acto administrativo de terminación, interpretación o modificación unilateral?»

Para la aplicación de las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales no se aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que no son sanciones frente al contratista, ni implican declarar el incumplimiento del contrato. En tal sentido, sin perjuicio de las precisiones anteriores, para la expedición de estos actos unilaterales se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en lo establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 2 y 34 del CPACA, sin perjuicio que, como se ha indicado, se observen en forma prevalente las disposiciones establecidas en el EGCAP. En este sentido, se aplicarán particularmente las disposiciones establecidas respecto al procedimiento administrativo general regulado en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, así como lo acordado por las partes en el contrato estatal.

Además, estos actos deberán cumplir los siguientes requisitos: i) que su finalidad sea exclusivamente evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos; ii) que se realicen mediante acto administrativo debidamente motivado; iii) que en la interpretación y la modificación unilaterales, previamente se busque llegar a un acuerdo con el contratista y iv) que la causa de la terminación unilateral sea cualquiera de los eventos señalados en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

Cabe mencionar que estos actos administrativos deben ser debidamente motivados, y de acuerdo con el inciso tercero del numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 contra estos procede el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual.

«3. ¿La terminación, interpretación o modificación unilateral son aplicables por incumplimientos?

4. ¿La terminación, interpretación o modificación unilateral correpsonden (sic) a facultad sancionatoria?»

En respuesta a las preguntas No. 3 y 4 de la consulta planteada, al tenor de las normas que regulan estas cláusulas excepcionales, y de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico, se concluye que las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales no se encuentran dentro del régimen sancionatorio en materia de la contratación estatal. Lo anterior, en razón a que su aplicación no obedece a circunstancias de incumplimiento del contrato como sí ocurre con la caducidad. Con dichas cláusulas excepcionales las entidades estatales buscan evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo, así como asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos cuando ocurren las circunstancias o eventos descritos en ellas, tales como discrepancias en la interpretación, la necesidad de incluir una variación en el contrato para adicionar o suprimir obras, o la muerte del contratista y demás eventos de terminación unilateral, según corresponda.

Por consiguiente, esta Subdirección considera que las cláusulas excepcionales de interpretación unilateral, modificación y terminación unilaterales no se enmarcan dentro de la facultad sancionatoria de las entidades estatales consagrada en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, de modo que este último procedimiento sí aplica, como se deriva de su inciso primero, para la declaratoria de caducidad, la imposición de multas o la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Guillermo Escolar FlórezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de noviembre de 2017, radicado No. 68001-23-31-000-2003-01342-01 (39536), Consejero Ponente Doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 16 también señala que «Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un 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.» [↑](#footnote-ref-2)
3. 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-3)
4. Numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional, Sentencia C-317 de 2012. Magistrada Ponente Doctora María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículo 1 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 15596. Consejero Ponente Doctor Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-7)
8. Estos artículos de la Ley 1437 de 2011 establecen: «Artículo 2o. Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

[…]

»Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código».

«Artículo 34. Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código». [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 15596. Consejero Ponente Doctor Jaime Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-9)