**RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE PARA LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Excepción al EGCAP**

El régimen jurídico aplicable para las Empresas Sociales del Estado es el dispuesto por el artículo 195 de la Ley 100 de 1993. Particularmente, de conformidad con el numeral 6 ibidem dicha disposición establece que en material contractual se regirá por el derecho privado, y señala que podrá de manera discrecional, utilizar las cláusulas exorbitantes (hoy cláusulas excepcionales) previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP.

En línea con lo expresado por el Consejo de Estado, son dos los escenarios en los cuales las ESE deberán aplicar las disposiciones del EGCAP: i) por especial disposición de la Ley 100, que autoriza a estas empresas a incorporar las cláusulas excepcionales, siempre que decidan usarlas y; ii) porque al no existir una legislación especial y específica contractual para aquellas, cuando celebran contratos estatales típicos de la Ley 80, será esta la normativa aplicable.

**CADUCIDAD – Discrecionalidad de incorporación – ESE**

De conformidad con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la caducidad es una estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

Dicho esto, el procedimiento regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es el que se debe adelantar para declarar la caducidad, pues, como se explicará en las consideraciones de este concepto, su decreto implica la imposición de una sanción contractual.

**CADUCIDAD – No exige imposición de multa**

Así pues, dentro de los requisitos legales que deben cumplirse para decretar la caducidad no hay uno que exija a las entidades estatales imponer multas previas al contratista, como condición sine qua non para la declaratoria de aquella.

**GARANTÍAS – Reglas aplicables – Derecho privado**

Como se advertía en la parte final de la respuesta al segundo problema planteado, para todos los aspectos diferentes a la cláusula de caducidad incorporada en un contrato de compraventa suscrito por una ESE en las cuales rige la normativa del EGCAP, aplicarán las normas del derecho privado (civil y comercial), como es el caso de las garantías exigidas y el trámite o procedimientos para hacerlas efectivas. En ese orden, serán las normas del Código de Comercio, las llamadas a imperar en relación con el contrato de seguro, dispuestas en el Titulo V de dicho cuerpo normativo.

Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]

Interfaz de usuario gráfica, Texto, Aplicación

Descripción generada automáticamente

Señor

**Edwin Ramírez Ardila**

[edwinramirezardila@gmail.com](mailto:edwinramirezardila@gmail.com)

Bogotá, D.C.

**Concepto C-740 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE PARA LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Excepción al EGCAP / CADUCIDAD – Discrecionalidad de incorporación – ESE / CADUCIDAD – No exige imposición de multa / GARANTÍAS – Reglas aplicables – Derecho privado |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta radicado No. P20241016010476 |

Estimado señor Ramírez Ardila,

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 16 de octubre de 2024, en la cual consulta lo siguiente:

“[…] *1. ¿Es procedente la declaratoria de caducidad en CONTRATOS DE COMPRAVENTA?*

*2. ¿Las EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO (E.S.E.), están facultadas o habilitadas para declarar la caducidad administrativa en los contratos que suscribe?*

*3. Teniendo en cuenta que la razón de ser de la caducidad es evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación.*

*Una vez declarada la caducidad en un contrato de compraventa, la entidad tiene que salir a realizar suplir inmediatamente, o con que término de tiempo dispone una entidad estatal para realizar o suplir el objeto del contrato que caducó.*

*4. La declaratoria de caducidad en un contrato de compraventa, debió de tener como procedimiento precedente, ¿la imposición de multas o declaratorias de incumplimiento previas?*

*5. ¿Una EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO (E.S.E.) que declara una caducidad administrativa contractual, puede exigirle a la compañía aseguradora el pago de los amparos con base en la declaración de caducidad, en la misma forma en la que lo hacen aquellas entidades regidas por el Decreto 1082 de 2015?*

*6. ¿Cuál es el procedimiento legal para que una EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO (E.S.E.) haga efectivo el cobro de los amparos ante la compañía aseguradora?*

*7. ¿Qué efectos tiene en el contrato, que el contratista particular con el fin de perfeccionar un contrato suscrito con una EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO (E.S.E.), allegue una garantía única de cumplimiento en favor de entidades con régimen privado de contratación, en el modelo de una póliza de cumplimiento para entidades reguladas por el Decreto 1082 de 2015?*

” [SIC].

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

**1. Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos:

Teniendo en cuenta el régimen jurídico aplicable a las Empresas Sociales del Estado – ESE en materia contractual:

1. ¿Resulta viable jurídicamente que este tipo de entidades utilice en el marco de sus contratos las cláusulas excepcionales previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP?
2. ¿Cómo opera la caducidad, cuál es su procedencia, qué implicaciones tiene su declaratoria y cuáles son las reglas aplicables para hacer efectivas las garantías, luego de la declaratoria de caducidad?
3. ¿Dentro de los requisitos legales que deben cumplirse para decretar la caducidad hay alguno que exija a las entidades estatales imponer multas previas al contratista, como condición *sine qua non* para la declaratoria de aquella?
4. ¿En el marco de contratos suscritos por las ESE donde se incorporan de manera facultativa cláusulas excepcionales como la caducidad, son aplicables las reglas contenidas en el Decreto 1082 de 2015 sobre garantías?

**2. Respuesta:**

|  |
| --- |
| 1. El régimen jurídico aplicable para las Empresas Sociales del Estado es el dispuesto por el artículo 195 de la Ley 100 de 1993. Particularmente, de conformidad con el numeral 6 *ibidem* dicha disposición establece que en material contractual se regirá por el derecho privado, y señala que podrá de manera discrecional, utilizar las clausulas exorbitantes (hoy cláusulas excepcionales) previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP.  En línea con lo expresado por el Consejo de Estado, son dos los escenarios en los cuales las ESE deberán aplicar las disposiciones del EGCAP: i) por especial disposición de la Ley 100, que autoriza a estas empresas a incorporar las cláusulas excepcionales, siempre que decidan usarlas y; ii) porque al no existir una legislación especial y específica contractual para aquellas, cuando celebran contratos estatales típicos de la Ley 80, será esta la normativa aplicable.  En ese sentido, las ESE podrán resolver incorporar la caducidad en los contratos de compraventa o cualquier otro contrato que suscriba, y las normas aplicables que sobre la materia contemple el EGCAP serán las que rijan únicamente en lo relacionado con la caducidad. En los demás aspectos del contrato, serán las normas del derecho privado (civil y comercial) las que imperan a interior de la actividad contractual.  2. De conformidad con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la caducidad es una estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.  Dicho esto, el procedimiento regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es el que se debe adelantar para declarar la caducidad, pues, como se explicará en las consideraciones de este concepto, su decreto implica la imposición de una sanción contractual.  Por otra parte, con relación a las actuaciones que debe llevar a cabo la entidad para el cumplimiento del objeto contractual la ESE, esta podrá tomar posesión de la obra o continuar inmediatamente la ejecución del contrato a través del garante o de otro contratista, con el propósito de que no se afecte la prestación del servicio, ni se paralice la obra, fin último de la declaratoria de caducidad.  3. Los requisitos que deben cumplirse para decretar la caducidad están consagrados en los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993. En primer lugar, el artículo 18 establece los siguientes presupuestos: i) debe acreditarse el incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones del contratista, con todos los elementos que configuran el “incumplimiento”. Además, ii) dicho incumplimiento debe afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato, y iii) debe evidenciar la posibilidad de conducir a la paralización de la ejecución del contrato. En segundo lugar, se deben acreditar los requisitos genéricos establecidos en el artículo 14 de la Ley 80 para el uso de potestades exorbitantes, de manera que solo puede declararse en los contratos en que es posible su estipulación o en los que se entiende pactada por mandato directo de la ley, como se indicó anteriormente. En tercer lugar, de acuerdo con la postura decantada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, solo es posible declarar la caducidad del contrato mientras el plazo de ejecución no haya expirado. Finalmente, como se dijo antes, la imposición de la caducidad debe realizarse con estricta observancia del debido proceso, y aplicando el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.  Así pues, dentro de los requisitos legales que deben cumplirse para decretar la caducidad no hay uno que exija a las entidades estatales imponer multas previas al contratista, como condición *sine qua non* para la declaratoria de aquella.  4. Como se advertía en la parte final de la respuesta al segundo problema planteado, para todos los aspectos diferentes a la cláusula de caducidad incorporada en un contrato de compraventa suscrito por una ESE en las cuales rige la normativa del EGCAP, aplicarán las normas del derecho privado (civil y comercial), como es el caso de las garantías exigidas y el trámite o procedimientos para hacerlas efectivas. En ese orden, serán las normas del Código de Comercio, las llamadas a imperar en relación con el contrato de seguro, dispuestas en el Titulo V de dicho cuerpo normativo. |

**3. Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

Las Empresas Sociales del Estado son las entidades estatales mediante las cuales la Nación y/o las entidades del orden territorial están encargadas de la prestación de servicios de salud en forma directa, las cuales cuentan con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, de conformidad con lo consignado en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

Artículo 194. *Naturaleza*. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.

Por otro lado, el artículo 195 *ibidem* establece que dichas entidades estatales se someterán al régimen jurídico establecido en sus numerales. Particularmente, en materia contractual, el numeral 6 consagra que se regirán por el derecho privado, pero tendrán la facultad de incorporar en el texto contractual las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP. A continuación, se cita el contenido del numeral 6:

Artículo 195. *Régimen jurídico*. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

[…]

6. 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.

La justificación de que las ESE tengan un régimen excepcional fue explicada por la Corte Constitucional cuando indicó en la Sentencia C-665 del 8 de junio de 2000 lo siguiente:

“es claro que las empresas sociales del Estado son entes que no pueden confundirse con los establecimientos públicos y que constituyen una nueva categoría de entidad descentralizada concebida con un objeto específico que la propia legislación ha señalado y que justifica, por razón de los propósitos constitucionales que mediante su existencia persigue el legislador, unas ciertas reglas y normatividad también especial […]”[[1]](#footnote-1)

Por lo que para la Corte Constitucional en virtud de que las ESE prestan el servicio público de salud, se requiere de un tratamiento diferencial para que dichas entidades estatales prestadoras del servicio logren el cumplimiento de sus fines, sin que los contratos suscritos por aquellas escapen de en un mínimo de derecho público, limitando de forma significativa la excepción al régimen general.

Ya, en anteriores ocasiones, esta Subdirección se ha pronunciado sobre los regímenes especiales de contratación, incluido el de las Empresas Sociales del Estado –en adelante ESE– a través de un grupo de conceptos que se relacionarán al final de la presente respuesta.

Lo primero es decir que ordenamiento jurídico colombiano contempla como categoría única la noción de “contratos estatales”, pero acepta la posibilidad de que dichos contratos tengan regímenes jurídicos diferenciados. En virtud de ello se afirma que hay contratos estatales sometidos al EGCAP (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y disposiciones complementarias) y contratos estatales sometidos a reglas especiales, usualmente al derecho privado.

La decisión hito-fundadora[[2]](#footnote-2) en este sentido, de acuerdo con lo señalado por la doctrina[[3]](#footnote-3), es un auto del 20 de agosto de 1998 del Consejo de Estado, donde se señaló[[4]](#footnote-4):

A juicio de la Sala es preciso reconocer que, en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el art. 82 del C.C.A. antes referido.

El Consejo de Estado identificó la existencia de un único tipo de contrato: el contrato estatal; pero dos grandes categorías que responden a su régimen jurídico: contrato estatal con un régimen jurídico de derecho público-administrativo y contrato estatal con un régimen jurídico especial, por regla general de derecho privado.

En este punto vale la pena resaltar que, en el ordenamiento jurídico colombiano, cuando se piensa en los regímenes especiales de contratación, se suele hacer referencia al régimen de determinadas entidades estatales. Tal sería el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, de las entidades indicadas en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, de las universidades estatales u oficiales, según el artículo 93 de la Ley 30 de 1993, etc. Esta afirmación, sin embargo, no pretende desconocer que dicho régimen especial se otorga justamente en consideración al especial tipo de actividades desplegadas por estas entidades.

Ahora bien, los regímenes especiales de contratación en el ordenamiento colombiano no se dan exclusivamente en atención a cierto tipo de sujetos –empresas industriales y comerciales del Estado (EICE), sociedades de economía mixta (SEM), empresas de servicios públicos domiciliarios (ESP), empresas sociales del estado (ESE), etc.–, sino también para cierto tipo de objetos contractuales. Este es el caso del régimen jurídico establecido en el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012[[5]](#footnote-5), que establece un régimen especial de derecho privado debido a la consideración que merece el objeto a contratar.

Con base en lo indicado, se podría hacer una clasificación general entre regímenes especiales que atienden principalmente al sujeto, y regímenes especiales que atienden principalmente al objeto. Esta clasificación conceptual tiene como efecto práctico resaltar que unos y otros son regímenes especiales. Así, por ejemplo, tanto el régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado en competencia o mercados regulados, como el régimen del artículo 66 de la Ley 1562 de 2012, son regímenes especiales a la luz del derecho de la contratación estatal. Por lo mismo, tanto uno como otro régimen están sometidos, en principio, al derecho privado, pero con algunas particularidades propias del derecho público.

El régimen de derecho privado que, por regla general, caracteriza a los regímenes especiales no significa que no existan “dosis” de derecho público administrativo que tienen como fin último garantizar que los regímenes especiales de contratación también se ordenen hacia la consecución de los fines del Estado.

Estas “dosis” de derecho administrativo encuentran su manifestación tanto en forma de reglas como de principios. En relación con este segundo tipo, esto es, principios de derecho público aplicables a regímenes especiales de contratación, la norma por antonomasia es el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que preceptúa lo siguiente:

Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública.Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos [209](about:blank#209) y [267](about:blank#267) de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

De conformidad con lo establecido en este artículo, las entidades estatales que cuenten con un régimen contractual excepcional al del EGCAP, esto es, regímenes especiales, “aplicarán en desarrollo de su actividad contractual […] los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal […] y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”. La interpretación más adecuada de esta disposición implica admitir que su ámbito de aplicación ampara los supuestos de las entidades que tienen, como regla general, un régimen especial de contratación –como es el caso de las ESP o las ESE–, como cuando la entidad tenga un régimen especial solamente para cierto tipo de contratos, como es el supuesto del artículo 66 de la Ley 1523 de 2012.

Ahora bien, dentro de la estructura de la Administración pública se encuentran las entidades descentralizadas por servicios, y dentro de dicha categoría se ubican las ESE, las cuales, sin perjuicio del control de tutela, como se dijo al inicio, tienen personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.Estas entidades, de acuerdo con lo que establece el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, son “creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud”. Su régimen jurídico lo conforman las Leyes 100 de 1993 y 344 de 1996, así como también la Ley 489 de 1998, pero esta última únicamente en relación con los asuntos no regulados en las dos leyes mencionadas o en las normas que las reglamentan y complementan o en las que pudieran llegar a hacerlo.

Considerando la actividad desarrollada, se itera, la prestación de los servicios de salud, el régimen jurídico aplicable a estas empresas difiere del que corresponde a otras entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios, como las superintendencias con personería jurídica, los establecimientos públicos o las unidades administrativas especiales, pues la regla general es el derecho privado, salvo lo relacionado con cláusulas exorbitantes, materia en relación con la cual están habilitadas para aplicar las disposiciones del EGCAP, como lo prevé el citado artículo 195, numeral 6 de la Ley 100 de 1993.

En esta medida, son dos los escenarios en los cuales las ESE deberán aplicar las disposiciones del EGCAP: i) por especial disposición de la Ley 100, que autoriza a estas empresas a incorporar las cláusulas excepcionales, siempre que decidan usarlas y; ii) cuando celebren contratos estatales típicos de la Ley 80, será esta la normativa aplicable, en la medida en que no existe legislación una legislación paralela, de carácter específico que los regule. Estos son los contratos del artículo 32 como el de obra, consultoría, prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad, el de concesión, el de encargo fiduciario y la fiducia pública, donde la aplicación del EGCAP ya no se impone por la naturaleza de la entidad contratante, sino que responde a un criterio material y es el del tipo de contrato. Con todo, tales entidades deben tener en cuenta y aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, contenidos, respectivamente, en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

Esta también ha sido la interpretación del Ministerio de la Protección Social, que en Concepto No. 201942301304712 de 2019, en reiteración de lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[6]](#footnote-6), expresó que “[…] el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado, está sometido al derecho privado por disposición legal y la facultad discrecional de pactar las cláusulas excepcionales dota a las mentadas entidades de herramientas especiales para garantizar ciertos fines”[[7]](#footnote-7).

Al referirse al régimen contractual de las ESE, la Sección Tercera del Consejo de Estado manifestó que “la entidad estatal debe observar en su actuación, precontractual y contractual, los principios que la Constitución Política le impone, en desarrollo de lo cual le asiste la obligación de obrar con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en todas las etapas de la realización del contrato estatal”[[8]](#footnote-8).

Por otro lado, en relación con los requisitos de existencia y formación de los contratos celebrados por las ESE, se tiene que debido a que se trata de entidades excluidas de la aplicación del EGCAP, “para predicar el nacimiento a la vida jurídica de los negocios por ellas celebrados no se observarán las formalidades contempladas por los artículos 39 y 41 de esa compilación normativa y para esos efectos deberá acudirse a las disposiciones que la legislación comercial y civil contemple respecto de la tipología contractual que corresponda”[[9]](#footnote-9).

Ahora bien, profundizando sobre la figura de la caducidad, se destaca que, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, aquella es una estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y 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. En cuanto a la oportunidad para su imposición, el Consejo de Estado precisó:

[…] 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[[10]](#footnote-10).

Las consecuencias jurídicas que se generan con la caducidad son: i) la terminación del contrato, ii) la iniciación del trámite de liquidación bilateral –y unilateral, si fracasa la bilateral–, iii) la inhabilidad sobreviniente por cinco años, iv) la efectividad de la garantía única de cumplimiento y v) el reporte en el SECOP, a la 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.

Pero al grupo de consecuencias antes enlistadas, es posible sumarle otras decantadas por el Consejo de Estado, como lo son: i) que la entidad contratante podrá tomar posesión de la obra o continuar inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien, a su vez, se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar; ii) que no habrá lugar a indemnización para el contratista; iii) que será constitutiva del siniestro de incumplimiento; iv) que habrá lugar a hacer efectivo el cobro de la cláusula penal pecuniaria en caso de que haya sido pactada; v) La liquidación del contrato en el estado en que se encuentre.

De manera que, en respuesta a su pregunta relacionada con las actuaciones que debe llevar a cabo la entidad para el cumplimiento del objeto contractual la ESE podrá tomar posesión de la obra o continuar inmediatamente la ejecución del contrato a través del garante o de otro contratista, con el propósito de que no se afecte la prestación del servicio, ni se paralice la obra, fin último de la declaratoria de caducidad.

Téngase en cuenta que los presupuestos para declarar la caducidad están establecidos en los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993. En primer lugar, el artículo 18 establece los siguientes requisitos para su procedencia: i) debe acreditarse el *incumplimiento* de alguna o algunas de las obligaciones del contratista, con todos los elementos que configuran el “incumplimiento”, ii) dicho incumplimiento debe afectar de manera *grave* y *directa* la ejecución del contrato, y iii) además, debe evidenciar la posibilidad de conducir a la paralización de la ejecución del contrato. En segundo lugar, deben acreditarse requisitos genéricos establecidos en el artículo 14 de la Ley 80 para el uso de potestades exorbitantes, de manera que solo se puede utilizar esta atribución en los contratos en que es posible su pacto o en los que se entiende pactada por mandato directo de la ley, como se explicó anteriormente. En tercer lugar, de acuerdo con la postura decantada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, por ejemplo, la citada anteriormente, se añade el requisito de que solo es posible declarar la caducidad del contrato mientras el plazo de ejecución no haya expirado.

Así, y en consideración a que uno de los interrogantes busca establecer la necesidad de imposición de multas previo a la declaratoria de caducidad, dentro de los requisitos de orden legal que deben cumplirse para decretar la caducidad no hay uno que exija a las entidades estatales imponer multas previas al contratista, como condición *sine qua non* para la declaratoria de aquella. Es cierto que las entidades estatales, como directoras de la ejecución del contrato, deben estar al tanto del grado de cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista y, en la medida de lo posible, no deben permitir que el incumplimiento avance o se torne más gravoso. Para ello, pueden pactar en el contrato y hacer efectivas, si es el caso, tanto la multa como la cláusula penal pecuniaria. Pero de lo dicho no puede concluirse que sea un requisito de la caducidad la imposición previa de una multa, pues además de que el incumplimiento grave del contrato –que es presupuesto de la caducidad– puede presentarse *ipso facto*, es decir, sin que se evidencien antecedentes de incumplimientos parciales, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública permite decretar directamente esta cláusula excepcional, respetando el debido proceso.

Dicho esto, el procedimiento regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es el que se debe adelantar para declarar la caducidad, pues su decreto implica la imposición de una sanción contractual, cual es la de incumplimiento y no cualquiera, sino un incumplimiento que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato.

En línea con lo anterior, como desarrollo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el cual consagra el debido proceso como principio rector de las actuaciones sancionatorias en el ámbito contractual, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 señala, en su primer inciso, que “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” (cursiva fuera de texto).

Como se observa, dentro del concepto de “sanciones” cabe la caducidad. Por tanto, cuando una entidad estatal pretenda determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos para decretarla, debe adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en dicho artículo. Circunstancia esta aplicable a las Empresas Sociales del Estado – ESE porque, aunque no están sometidas al régimen general, como se dijo antes, podrán utilizar las cláusulas excepcionales contenidas en dichas normas de forma discrecional.

Ahora bien, frente al procedimiento para la efectividad de las garantías contractuales que se exijan las ESE en contratos que no tengan regulación especial en la Ley 80 de 1993, como el caso de los contratos de compraventa, serán aplicables las normas del derecho privado.

**4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 80 de 1993, artículos 14 y 18 * Ley 100 de 1993, artículo 194 y 195 numeral 6 * Ley 1150 de 2007, artículo 13 y 17 * Ley 489 de 1998, artículo 83 * Ley 1474 de 2011, artículo 86 * Corte Constitucional. Sentencia C-665 del 8 de junio de 2000. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo * Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 1998, radicación No. 1.127, M.P. Javier Henao Hidrón; y concepto del 6 de abril de 2000. Radicación No. 1.263, M.P. Flavio Augusto Rodriguez Arce * Consejo de Estado. Auto del 20 de agosto de 1998. Radicación 1127 * Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección “C”. Providencia del 8 de abril de 2014. Expediente No. 25801. M.P. Enrique Gil Botero * Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección “A”. Providencia del 14 de julio del 2016. Expediente No. 41001-23-31-000-2002-10569-01(49305). M.P. Marta Nubia Velásquez Rico * Ministerio de la Protección Social, que en Concepto No. 201942301304712 de 2019 |

**5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

Esta Subdirección expidió el Concepto del 24 de diciembre de 2019 –Radicado No. 4201913000007479–, así como los conceptos C-027 del 13 de febrero de 2020, C-179 del 16 de marzo de 2020 y C-362 del 03 de julio del año 2020, donde se explicó el alcance de la libertad de configuración de las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública “EGCAP”. Por otro lado, en 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. Estos conceptos podrán consultarse en el siguiente enlace:

[https://relatoria.colombiacompra.gov.co/](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Frelatoria.colombiacompra.gov.co%2F&data=05%7C02%7Csergio.caballero%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527918222614%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=h8WOGB2loApehe%2F7QeGo2PCeSePiffWRTR4AMN1Rht0%3D&reserved=0)

Le informamos que ya se encuentra disponible la actualización del Manual de Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación. Esta herramienta ofrece una orientación valiosa para que las entidades públicas determinen los acuerdos comerciales que deben incluir en sus procesos contractuales. Puede consultar la versión actualizada en el siguiente enlace:

[manual\_para\_el\_manejo\_de\_acuerdos\_comerciales\_vf.pdf](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsites%2Fcce_public%2Ffiles%2Fcce_documents%2Fmanual_para_el_manejo_de_acuerdos_comerciales_vf.pdf&data=05%7C02%7Csergio.caballero%40colombiacompra.gov.co%7C6192b0470d324981a09708dd0a6c28db%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638678181871090119%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJFbXB0eU1hcGkiOnRydWUsIlYiOiIwLjAuMDAwMCIsIlAiOiJXaW4zMiIsIkFOIjoiTWFpbCIsIldUIjoyfQ%3D%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=cqPLJFWeQ1mgS6NwcEQtAJFnYlPbx9sK95T3GwllCdk%3D&reserved=0)

De otra parte, te contamos que ya publicamos el borrador de la nueva Guía para Incentivar la Participación de Mujeres en el Sistema de Compras y Contratación Pública. Conoce el documento y realiza tus comentarios hasta el 2 de diciembre de 2024 a través de estos enlaces:

Página ANCP-CCE:

[https://www.colombiacompra.gov.co/content/convocatorias](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fcontent%2Fconvocatorias&data=05%7C02%7Csergio.caballero%40colombiacompra.gov.co%7C6192b0470d324981a09708dd0a6c28db%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638678181871111647%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJFbXB0eU1hcGkiOnRydWUsIlYiOiIwLjAuMDAwMCIsIlAiOiJXaW4zMiIsIkFOIjoiTWFpbCIsIldUIjoyfQ%3D%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=h71twWeyjJV0b6ODAz9QdyekKnsrUEDWXvDYOV8WsDU%3D&reserved=0)

SUCOP:

<https://www.sucop.gov.co/entidades/colombiacompra/Normativa?IDNorma=19201>

También le invitamos a consultar la versión VII de 2024, del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual relacionado con las ASOCIACIONES PÚBLICO POPULARES, el cual se puede descargar en la página web de la Agencia:

<https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sergio Enrique Caballero Lesmes  Analista T2-01 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Cárdenas Cabeza  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Corte Constitucional, Sentencia C-665 del 8 de junio de 2000. Expediente D-2705. Dr. José Gregorio Hernández Galindo [↑](#footnote-ref-1)
2. MEDINA LÓPEZ, Diego Eduardo. El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá: Legis, 2006. [↑](#footnote-ref-2)
3. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Definición de los «Contratos Estatales». Contratos Estatales propiamente dichos y Contratos Estatales Especiales. Regulación del Contrato suscrito con entidades estatales. Jurisdicción Competente. En: Andrés Fernando Ospina Garzón. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Colombiana. Universidad Externado de Colombia, 2013. [↑](#footnote-ref-3)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C.P. Juan de Dios Montes Bermúdez. [↑](#footnote-ref-4)
5. «Artículo 66. Medidas especiales de contratación. Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo o los celebrados por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo o los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo, relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo [13](about:blank#13) de la Ley 1150 de 2007, y podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos [14](about:blank#14) a [18](about:blank#18) de la Ley 80 de 1993.

   » PARÁGRAFO. Los contratos celebrados por las entidades territoriales en virtud del artículo anterior se someterán al control fiscal dispuesto para los celebrados en el marco de la declaratoria de urgencia manifiesta contemplada en los artículos [42](about:blank#42) y [43](about:blank#43) de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen». [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 1998, radicación No. 1.127, M.P. Javier Henao Hidrón; y concepto del 6 de abril de 2000. Radicación No. 1.263, M.P. Flavio Augusto Rodriguez Arce [↑](#footnote-ref-6)
7. Ministerio de Salud y la Protección Social. Concepto del 16 de agosto de 2019. Expediente No. 201942301304712. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección “C”. Providencia del 8 de abril de 2014. Expediente No. 25801. M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección “A”. Providencia del 14 de julio del 2016. Expediente No. 41001-23-31-000-2002-10569-01(49305). M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-9)
10. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 12 de julio de 2012. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024. C.P. [↑](#footnote-ref-10)