



Concepto Sala de Consulta C.E. 1293 de 2000 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONTRATO ESTATAL - Cláusulas excepcionales y de privilegio / CLAUSULA EXCEPCIONAL - Clases / CLAUSULA DE PRIVILEGIO - Clases

El régimen de cláusulas exorbitantes que rigió en la legislación colombiana fué reemplazado por otro en el cual cambia incluso la denominación por la de cláusulas excepcionales y básicamente se consideran como tales las de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos, incluida la declaratoria de caducidad; también se clasifica en este mismo rango la que establece el sometimiento a las leyes nacionales (anteriormente equivalía a la denominada "renuncia a la reclamación diplomática"). La doctrina menciona otras cláusulas como "de privilegio" porque denotan "algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante", pero no operan ni tendrían los mismos privilegios de las anteriores. Se mencionan la de reversión y la de garantías, bajo el argumento de que no constituyen materia totalmente ajena a la contratación privada. Además existe otro género de cláusulas, "las especiales" que anteriormente tuvieron cabida en la legislación y hoy son objeto de pacto, o sea cláusulas o estipulaciones contractuales, que incluyen las multas y las denominadas penales pecuniarias; finalmente, otras actuaciones privilegiadas de la Administración entre las cuales se mencionan la liquidación unilateral y la terminación por nulidad absoluta.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio 2183 de 19 de diciembre de 2000.

CONTRATO ESTATAL - Límites de la potestad excepcional / POTESTAD EXCEPCIONAL - Límites / CLAUSULA EXCEPCIONAL - Límites para su aplicación

Ahora bien, los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual en ejercicio de las facultades excepcionales o con ocasión de ella, conforme a disposición legal especial, están sometidos a condiciones que deben observarse y en tal medida puede predicarse de tales condiciones la existencia de límites señalados expresamente por el legislador para su expedición, entre ellos: En cuanto a la oportunidad que el legislador prevé para que la potestad excepcional se ejercite "durante la ejecución del contrato", es decir, el legislador implícitamente limita la facultad excepcional sólo para esa etapa. O, cuando prevé "dispondrá la terminación anticipada del contrato", lo cual supone que éste no ha terminado; En relación con su finalidad, pues el ejercicio de la potestad excepcional tiene por fin evitar que las discrepancias conlleven a la paralización o la afectación grave del servicio a su cargo. En cuanto a los requisitos, la ley exige la concertación previa, pues la facultad unilateral sólo puede ejercitarse "si no se logra acuerdo"; "si previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo". Por consiguiente, es presupuesto necesario para el ejercicio de la facultad excepcional el agotamiento de proceso que busque el consenso de las partes. En cuando a la materia, la facultad excepcional de la interpretación unilateral sólo puede extenderse a las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia, razón por la cual la administración tendrá como limitación que no podrá extenderse a materias sobre las cuales no tengan discrepancia las partes. Asimismo el ejercicio de la facultad de modificación excepcional, está limitada a la "supresión o adición" de obras, trabajos, suministros o servicios; en consecuencia, la modificación está limitada a un elemento "cuantitativo", por tanto, no puede extenderse a cláusulas o estipulaciones no concernientes a ese ámbito. En cuando a los motivos, deben ser ciertos y tratarse de supuestos de hecho o de derecho contemplados expresamente por la ley, como habilitantes para el ejercicio de la facultad.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio 2183 de 19 de diciembre de 2000.

CONTRATO ESTATAL - Terminación unilateral por nulidad absoluta / NULIDAD ABSOLUTA - Terminación de contrato estatal

El ordenamiento la contempla cuando las partes han celebrado un contrato contra expresa prohibición legal (en el derecho privado su declaración sólo opera por conducto del poder jurisdiccional del Estado); en los contratos estatales es privilegio de la Administración declararla en instancia administrativa; esta competencia ejecutoria consiste en la potestad de terminarlo unilateralmente cuando: en su formación o celebración se haya violado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, cuando se celebra contra expresa prohibición constitucional o legal, cuando los actos administrativos en que se fundan son declarados nulos en los demás eventos previstos por el artículo 44 de la ley 80. Esta potestad, a la par que las dos anteriores, se entiende aplicable únicamente, si el contrato aún está vigente pues la atribución es para darlo por terminado.

NOTA DE RELATORIA: Concepto 1230 de 1 de diciembre de 2000; Autorizada su publicación con oficio 2183 de 19 de diciembre de 2000.

CONTRATO ESTATAL - Caducidad. Límites

El poder excepcional del cual es titular la entidad estatal contratante para declarar la caducidad mediante acto administrativo motivado, encuentra un primer límite en las condiciones establecidas por la ley para su procedencia y, desde la perspectiva temporal, esta medida puede ser dictada durante la vigencia del contrato, incluida la etapa de la liquidación dentro del término pactado en el contrato, sin que en ningún caso sea posterior a esta última oportunidad, por tener efecto extintivo del mismo, observando las garantías del debido proceso.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio 2183 de 19 de diciembre de 2000.

CONTRATO DE OBRA - Liquidación

La liquidación en todo caso, tratándose de contratos de obra con la característica de ser de tracto sucesivo, procede y su oportunidad la señala el artículo 60 de la ley 80 advirtiéndose que constituye la última actuación previa a la extinción del mismo y por tanto, se entiende como la actuación que señala la extinción de la relación contractual, donde se extiende un finiquito o paz y salvo por todo concepto, o se convierte en fuente de unas "obligaciones residuales".

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio 2183 de 19 de diciembre de 2000.

CONTRATO ESTATAL - Término para imponer multas / MULTA CONTRACTUAL - Término para imponerlas

El poder de dirección y control de la entidad contratante para imponer las multas pactadas en el contrato, con el fin de sancionar su retardo o el incumplimiento, puede tener lugar durante su ejecución hasta el momento de concluir la liquidación del mismo, porque precisamente en esta operación es cuando se evidencia en la mayoría de los casos, si se dió cumplimiento cabal a las obligaciones y prestaciones a cargo del contratista.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio 2183 de 19 de diciembre de 2000.

[Ver el Fallo del Consejo de Estado 14579 de 2005](#)

CONSEJO DE ESTADO

Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

Bogotá, D.C., diciembre catorce del año dos mil (2000).

Radicación número: 1293

Actor: MINISTRO DEL INTERIOR

Referencia: Contrato estatal. Cláusulas excepcionales; límite temporal para su aplicación.

El señor Ministro del Interior, a solicitud del Alcalde Mayor de Bogotá, formula a la Sala consulta relacionada con los límites que tiene la Administración del Distrito Capital en la aplicación de las cláusulas excepcionales dentro de la actividad contractual, conforme al siguiente cuestionario:

1. ¿Cuáles son los límites que tiene la administración dentro de la actividad contractual en la aplicación de las cláusulas excepcionales?
2. ¿Es posible que la administración encuentre límites temporales para el ejercicio de potestades excepcionales distintos a los consagrados expresamente en las normas de rango legal?
3. ¿En el evento de ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, ¿es posible afirmar que el simple accionar ante la jurisdicción por parte del contratista impide el ejercicio de las potestades excepcionales cuando éstas cumplen los requisitos establecidos en las normas legales para su ejercicio y son el mecanismo idóneo para cumplir su obligación, esto es, la protección del interés público?
4. ¿En el evento de ser afirmativa la respuesta a la segunda pregunta si la administración pierde la competencia para actuar a través de las cláusulas excepcionales en razón a que su cocontratante ha acudido ante la jurisdicción cómo puede ésta salvaguardar el interés público y garantizar la continuidad del servicio público mientras el juez contencioso se pronuncia?

5. En esta misma hipótesis, y teniendo en consideración los términos de duración promedio de un proceso contencioso administrativo y/o arbitral, que medidas de protección del interés público podría en ese caso utilizar la administración para:

Evitar el detrimento del patrimonio del Estado?

Para continuar con el objeto contratado si el contratista se niega a continuarlo?

Para hacer efectivas las garantías durante su vigencia sobre anticipo, cumplimiento, calidad, estabilidad de la obra, etc?

Si hay abandono del trabajo para tomar posesión de la obra y continuarla?

Para liquidar el contrato?

Deberá la administración pagar al contratista lo que le debe antes del fallo del juez del contrato, o debe suspender todo trámite de pagos hasta tanto el juez decida?

La Sala considera

El consultante formula el cuestionario en abstracto, sin referirse a contrato alguno y solamente de las preguntas se puede colegir que se trata de uno de obra por la referencia que hace, "a la estabilidad de la obra", y en otro aparte, "para tomar posesión de la obra". Además, no hay alusión a ninguna cláusula excepcional en especial; por tanto, la Sala se limitará a emitir concepto genérico, con referencia al contrato de obra y a las potestades excepcionales, particularmente a las condiciones para su ejercicio por la Administración dentro de los límites temporales.

El planteamiento del consultante

Previamente la consulta formula algunas reflexiones sobre el silencio y las actuaciones de la Administración, su régimen en materia contractual y los límites para el ejercicio de las competencias, en particular las originadas en las cláusulas excepcionales.

En concreto plantea un pronunciamiento de esta Corporación¹⁰ proceso en el cual se demandó el acto de caducidad de un contrato sobre el que el contratista había demandado previamente ante la jurisdicción contencioso administrativa alegando incumplimiento del mismo, atribuible a la Administración.

En este caso la Corporación partió de la premisa de que la declaratoria de caducidad es viable siempre que existiendo fundamento legal o pactado en el contrato, se decreta "antes de su vencimiento", y efectivamente el contrato no había concluido; la sentencia argumentó que la Administración decretó la caducidad únicamente con fines retaliatorios, una vez fué notificada de la demanda que había incoado el contratista, con lo cual se configuró desviación de poder porque el contratante aunque adujo incumplimiento del contratista, nunca lo probó y agregó el fallador: lo que ha debido hacer la entidad, si ya se había trabado una litis, era demostrar que no hubo incumplimiento de su parte, o sea en este caso "excepcionar" o tomar "los cauces lógicos de reconvenir o contrademandar", de lo cual se infiere que las conclusiones de la sentencia no pueden generalizarse a los demás casos en los cuales la Administración actúe conforme a la ley, según se analizará.

Asimismo, tampoco resulta pertinente aplicar la jurisprudencia de dicha sentencia para el límite temporal de la revocación de los actos administrativos previsto en el artículo 71 del C.C.A. porque el fallo es de 1990 cuando aún no se había expedido la ley 80 de 1993 que prevé norma especial para la revocación de los actos contractuales o su demanda en ejercicio de la acción contractual y además remite, en lo no regulado por ella, al procedimiento de la primera parte del código contencioso administrativo (arts 68 y 77 ley 80/93).

En consecuencia, la jurisprudencia contenida en la sentencia aludida fué modificada en otra de 13 de sep./99, expediente 10.264 que más adelante se cita y la cual se ajusta al actual marco normativo.

De otra parte, menciona el consultante la sentencia del 23 de febrero de 2000, según la cual, la legalidad de los actos administrativos no puede ser objeto de disposición por lo que no es posible pactar la justicia arbitral como su juez; la consulta concluye que la actuación administrativa no tiene límites diferentes a los de la ley, "hasta el punto tal, que la expedición de actos administrativos obliga a que la controversia económica directamente derivada de los mismos vaya al juez natural de la administración".

Al respecto, la Sala señala que por disposición del legislador, los efectos económicos de los actos administrativos de carácter particular son

previstas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, conforme a los artículos 59 y 62 de la ley 23 de 1991 modificados por los artículos 70 y 71 de la ley 446 de 1998, según lo ha señalado esta Sala, en reciente pronunciamiento¹⁰.

Para efecto de las respuestas se han planteado hipótesis que señalan la existencia de proceso contencioso administrativo o arbitral, lo cual no admite distinción al advertir esta Sala que en ambos eventos se está frente a un juzgamiento, el que no constituye óbice para el ejercicio de las potestades excepcionales mientras esté vigente el contrato conforme lo señala el artículo 14 de la ley 80 de 1993, según se analizará adelante.

Item más, el Código Contencioso Administrativo tiene establecida la acción contractual donde se faculta a "cualquiera de las partes de un contrato estatal" para pedir que se declare su existencia o nulidad. . . "y que se hagan otras declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales", pero en ningún caso se indica que ello impida el cumplimiento del contrato y la ejecución de las prestaciones allí previstas.

Marco constitucional y legal

El régimen constitucional señala como competencia del legislador, la de expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y la ley orgánica del presupuesto para regular la capacidad de los organismos y entidades estatales en materia de contratación (arts 150 in fine y 352), atribuciones que han sido cumplidas mediante la expedición de la ley 80 de 1993 y la ley orgánica de presupuesto compilada por el decreto 111 de 1996.

En relación con la capital de la República, el ordenamiento constitucional, en el capítulo "del régimen especial" perteneciente al título "de la organización territorial", determina que Bogotá como distrito capital posee un régimen político, fiscal y administrativo determinado por la Constitución, las leyes especiales expedidas para ella y a falta de éstas, por las disposiciones aplicables a los municipios. Ordena la división de su territorio en localidades y la función de las autoridades distritales para garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios (artículo 322 de la C.P, modificado por el Acto Legislativo 1 de 2000).

Este precepto constitucional fue desarrollado por el decreto 1421 de 1993 dictado por el Gobierno Nacional con fundamento en las facultades conferidas por el artículo 41 transitorio de la Carta, el cual en su título X "contratación", remite al estatuto general de contratación pública "en todo aquello que no regule el presente decreto" (art. 144); este estatuto otorga al distrito capital plena autonomía para celebrar toda clase de contratos, convenios y acuerdos previstos en el derecho público y privado "necesarios para el cumplimiento de sus funciones, la prestación de los servicios y la construcción de las obras a su cargo" (arts. 145 a 149). En relación con las estipulaciones y cláusulas excepcionales dispone:

(. . .)

En tales contratos, convenios o acuerdos se deberán pactar las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren convenientes y necesarias para asegurar su ejecución, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley y el orden público.

También se incluirán las cláusulas excepcionales, cuando así lo disponga la ley (art. 149) (destaca la Sala con negrilla).

(. . .)

Establece así mismo normas sobre convenios para la construcción de obras públicas y la extensión o ampliación de redes de servicios públicos con entidades distritales o con urbanizadores y constructores que se comprometan a financiar su objeto a cambio de los derechos o contribuciones que deban pagar a la entidad contratante, y finalmente, los contratos especiales con entidades sin ánimo de lucro para impulsar programas y actividades de interés público, "de conformidad con lo dispuesto por el artículo 355 superior" (arts. 150 a 152).

Conforme a lo anterior es necesario analizar el régimen legal contenido en el estatuto general de contratación de la administración pública, ley 80 de 1993, en materia de los poderes y cláusulas excepcionales, el cual se aplica al distrito capital de Bogotá.

Ley 80 de 1993. El legislador establece en este estatuto las reglas y principios que rigen los contratos estatales (art. 1º). Determina, al señalar los fines de la contratación estatal, que los servidores públicos deben tener en consideración al celebrarlos y durante su ejecución, el cumplimiento de ellos, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos¹⁰ y la efectividad de los derechos o intereses de los administrados que les colaboran en la consecución de dichos fines (art. 3º), para lo cual las entidades tienen, entre otros derechos y deberes, los siguientes:

exigir a los contratistas la ejecución idónea y oportuna del objeto del contrato.

adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

adelantar revisiones periódicas de las obras contratadas, servicios prestados o bienes suministrados para verificar la calidad ofrecida.

exigir que la calidad de bienes y servicios adquiridos se ajusten a las normas técnicas obligatorias (nacionales e internacionales).

adelantar las acciones conducentes para obtener la indemnización de los daños derivados del contrato celebrado.

evitar que por su causa sea más oneroso el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. "con este fin, en el menor tiempo posible corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse" (art. 4).

Igualmente, la Administración tiene el derecho de exigir las garantías, por lo cual puede optar entre continuar la ejecución del objeto contratado con el garante o con un tercero, como lo prevén los artículos 4º, numeral 1º, 5º, numeral 4º, 18 y 25.19 de la ley 80 de 1993 en concordancia con el artículo 68, numeral 5º del Código Contencioso Administrativo.

En cuanto a la normatividad aplicable a los contratos estatales, éstos se rigen por las comerciales y civiles pertinentes, por las disposiciones especiales de la ley de contratación estatal, por aquellas excepcionales previstas para algunos contratos, sin perjuicio de las reglas establecidas para los celebrados en el exterior, o en Colombia que deban ejecutarse o cumplirse en el exterior, o los financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o convenios con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional (art. 13). Por tanto, este régimen aplicable a los contratos estatales significa la posibilidad para las entidades estatales de celebrar toda clase de ellos, esto es los previstos en el derecho privado, en disposiciones especiales, los derivados de la autonomía de la voluntad, o los regulados por el propio estatuto de contratación (art. 32).

Respecto a la autonomía para la negociación de las estipulaciones, el legislador otorga a las entidades libertad en el contexto de los fines estatales al regular la forma de convenir sus contratos (art. 40, ley 80/93) y señalar el contenido e indicar que sus estipulaciones serán las que "de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza". Agrega además que dichas entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad requerida para el cumplimiento de los fines estatales; finalmente, prevé que en los contratos celebrados por las entidades estatales "podrán incluirse las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración" (inciso 4º ibídem).

Las actuaciones contractuales de la administración y las obligaciones surgidas de las estipulaciones del contrato, están definidas por los términos pactados, los cuales constituyen ley para las partes.

No obstante lo anterior, algunos contratos estatales, incluidos los de obra, se caracterizan por incorporar las denominadas cláusulas excepcionales que diferencian sustancialmente estos contratos de los de derecho privado.

Poderes excepcionales

El ordenamiento jurídico otorga a la autoridad competencias para sus actuaciones con características de no ser negociables, ni transferibles; en su cumplimiento están comprometidos la tranquilidad y la seguridad públicas como elementos integradores del orden público. En nuestro derecho es indisponible la legalidad de los actos administrativos¹⁰.

Algunos doctrinantes distinguen las cláusulas excepcionales, antes denominadas exorbitantes, de las llamadas cláusulas de privilegio caracterizadas por ser estipulaciones que si bien denotan algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante, no operan bajo el mismo rigor de las cláusulas excepcionales, por no constituir materia enteramente ajena a la contratación privada.

Entre las primeras se agrupan las de interpretación, modificación, terminación y declaración de caducidad. En las segundas se consideran las cláusulas de reversión y de garantías. La diferencia básica consiste en el título de su incorporación en los contratos. Mientras que en los de carácter estatal su estipulación responde a un imperativo legal, en los privados su figuración contractual supone el consenso de las partes contratantes porque no siempre se entienden incorporadas. También se diferencian las segundas de las excepcionales en que su operancia no siempre demanda la expedición de actos administrativos que las materialicen²⁰. Existe además a favor de la Administración el poder de dirección, control y vigilancia de los contratos.

Las facultades excepcionales de la administración, están reguladas por el artículo 14 de la ley 80, donde se consignan los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, a cuyo efecto

señala que ellas tendrán dicha dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia en la ejecución del contrato. En consecuencia, "con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2º de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado". Agrega además la norma que en los actos, objeto de algunas de estas potestades excepcionales, deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas a cuyo cargo se dictaron 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 económico inicial del contrato.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, señala la misma norma que "procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley".

Dispone además el estatuto que se "pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra" (art. 14.2).

El precepto descrito revela el doble carácter del que están investidas las entidades públicas en el ejercicio de las potestades estatales en asuntos contractuales:

las unas originadas en el poder administrativo, otorgadas por la ley a las autoridades (ex lege), como son las atribuciones de dirección, control, vigilancia, las de interpretación, modificación y terminación, incluyendo la modalidad de la caducidad con fundamento en las potestades de mando o punitiva,

las otras surgidas de las estipulaciones contractuales (ex contractus) emanadas de su condición de parte contratante, las cuales a pesar de tener origen en potestades otorgadas por la ley, suponen su integración al contenido contractual e incluye las garantías, multas y cláusulas penales pecuniarias.

Las competencias derivadas del poder público, como son las propias de su condición de autoridad, son mandatos constitucionales o legales, y por consiguiente, irrenunciables; por tanto, aunque no lo exprese, dichas competencias no las pierde cuando asume la condición de entidad contratante porque ellas no son objeto de negociación a tal punto que el ordenamiento jurídico en asuntos contractuales, para algunos, incluido el de obra, las incorpora como cláusulas presuntas pese a que las partes no las consignen expresamente en el contrato (art. 14, numeral 2º, inciso segundo).

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, el régimen de excepción de las entidades estatales se desprende de las atribuciones de dirección general y de la responsabilidad para el control y vigilancia en la ejecución del contrato; también de las facultades sancionatorias que el legislador otorga a la administración, con el objeto de asegurar la continua y adecuada prestación de los servicios públicos y ejecución de los contratos, o evitar la paralización o su afectación grave, siempre con el deber de mantener las condiciones técnicas, financieras y económicas pactadas en favor del contratista (arts. 4º, 14 a 19).

Estas facultades excepcionales tienen fundamento en competencias unilaterales, en expresión doctrinaria, "en los atributos de poder propios de la Administración Pública inherentes al imperium del Estado, que le confieren una supremacía jurídica en todas sus relaciones jurídicas"¹⁰, no en cláusulas contractuales. El Estado por tanto, ejerce las atribuciones de dirección, control y vigilancia para asegurar la ejecución del contrato y en desarrollo del poder de policía administrativa de que está investido, mediante actuaciones dentro de la gestión contractual de la Administración, regida por las normas especiales previstas en la ley 80 y el Código Contencioso Administrativo.

Son poderes que se manifiestan con la expedición de actos reguladores denominados "autotutela declarativa", dictados por razones de interés público; que tienen la característica de corresponder al privilegio de la decisión previa y ejecutoria en favor de la Administración, y según los cuales, ésta puede regular directamente sus relaciones jurídicas o situaciones con los particulares, sin necesidad de acudir a la jurisdicción, y también, sin perjuicio de que el particular pueda acudir al control de legalidad en sede judicial.

Estos poderes administrativos se manifiestan en distintos momentos previos, durante la vigencia, y posteriores al contrato, así:

etapa precontractual es anterior al contrato, durante ella se establece unilateralmente el pliego de condiciones o sus términos de referencia y la exigencia de garantías de cumplimiento de las ofertas, obligatorios para el oferente y para el garante,

etapa contractual, esto es, a partir de la ejecutoria de la adjudicación del contrato o de su celebración, en los casos de contratación directa, hasta quedar en firme el acto de liquidación cuando ésta sea pertinente. El poder administrativo comprende en esta etapa, el régimen excepcional contenido en las facultades de interpretación, modificación o terminación unilaterales, puede también declararse la terminación por caducidad; es aplicable además, la terminación por nulidad absoluta, la liquidación unilateral del mismo, la imposición de multas y el cobro de la cláusula penal que estuvieren pactadas;

Postcontractual, el contrato se entiende concluido y por tanto no habrá lugar a la aplicación de cláusulas excepcionales, tampoco a las sanciones salvo las decretadas en vigencia del contrato y su liquidación; únicamente procede la efectividad de las garantías, en caso de ser exigibles.

La competencia unilateral de la Administración para la interpretación, modificación y terminación de los contratos comporta esta potestad solo por razones de interés público. En caso de que afecte al contratista tal situación, conlleva para el contratante la obligación de mantener el equilibrio financiero inicial del contrato y a la reparación o indemnización de perjuicios a favor de aquél.

Los actos administrativos que se expidan durante la actividad contractual o con ocasión de ella, por disposición legal especial, están sometidos a condiciones que presuponen la existencia de límites en la competencia para su expedición, como la motivación en forma detallada y precisa (art. 24.7, ley 80/93) y su ejercicio dentro de las etapas que fueron descritas. Son aplicables las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa y sólo susceptibles del recurso de reposición (salvo el acto de adjudicación) y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo (art. 77 ley 80/93 y 87 del C.C.A.).

Cláusulas excepcionales previstas en la ley 80 de 1993

El régimen de cláusulas exorbitantes que rigió en la legislación colombiana fué reemplazado por otro en el cual cambia incluso la denominación por la de cláusulas excepcionales y básicamente se consideran como tales las de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos, incluida la declaratoria de caducidad; también se clasifica en este mismo rango la que establece el sometimiento a las leyes nacionales (anteriormente equivalía a la denominada "renuncia a la reclamación diplomática"). La doctrina¹⁰ menciona otras cláusulas como "de privilegio" porque denotan "algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante", pero no operan ni tendrían los mismos privilegios de las anteriores. Se mencionan la de reversión y la de garantías, bajo el argumento de que no constituyen materia totalmente ajena a la contratación privada.

Además existe otro género de cláusulas, "las especiales" que anteriormente tuvieron cabida en la legislación y hoy son objeto de pacto, o sea cláusulas o estipulaciones contractuales, que incluyen las multas y las denominadas penas pecuniarias; finalmente, otras actuaciones privilegiadas de la Administración entre las cuales se mencionan la liquidación unilateral y la terminación por nulidad absoluta.

La doctrina²⁰ es muy amplia en clasificar las atribuciones excepcionales que ejerce la Administración Pública para hacer efectiva la *lex contractus* con sujeción estricta a las condiciones de tiempo, modo y lugar. De ahí que el legislador ordene a las entidades estatales el ejercicio de especiales competencias consistentes en la dirección general y la responsabilidad para ejercer el control y vigilancia en la ejecución del contrato (art. 14).

La Administración como titular del imperium del Estado y gestora del interés público no se despoja ni renuncia a sus funciones administrativas para garantizar la prestación del servicio o la ejecución de los contratos en forma regular, continua y eficiente.

El régimen excepcional contenido en las cláusulas de interpretación y modificación unilaterales, dado por el legislador a la entidad estatal contratante, muestra la condición de dirección y control del contrato para ella previsto, mediante el desarrollo de una "función preventiva" para evitar la ruptura definitiva de la relación contractual, ante lo cual el legislador permite que la Administración en forma motivada exprese las necesidades del servicio que se cumplen mediante el contrato,

para que ante la ausencia de acuerdo previo entre las partes contratantes, la entidad contratante por vía unilateral, decida la situación jurídica de él, sin interrumpir su ejecución, pues no puede tener finalidad distinta de evitar la paralización o la afectación grave del contrato a su cargo, con el beneficio del control de autotutela mediante el recurso de reposición, la garantía del debido proceso y la defensa del contratista, sin perjuicio del recurso jurisdiccional que éste pueda adelantar contra dichos actos del contrato.

El régimen de exorbitancia, hoy excepcional, contenido en las potestades de interpretación y modificación unilaterales, pone en evidencia la facultad de la administración de dar claridad a la relación y en orden a un desarrollo contractual pacífico.

Ahora bien, los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual en ejercicio de las facultades excepcionales o con ocasión de ella, conforme a disposición legal especial, están sometidos a condiciones que deben

observarse y en tal medida puede predicarse de tales condiciones la existencia de límites señalados expresamente por el legislador para su expedición, entre ellos:

En cuanto a la oportunidad que el legislador prevé para que la potestad excepcional se ejercite "durante la ejecución del contrato" (arts. 15 y 16 ley 80/93), es decir, el legislador implícitamente limita la facultad excepcional sólo para esa etapa. O, cuando prevé "dispondrá la terminación anticipada del contrato" (art. 17 *ibídem*), lo cual supone que éste no ha terminado;

En relación con su finalidad, pues el ejercicio de la potestad excepcional tiene por fin evitar que las discrepancias conlleven a la paralización o la afectación grave del servicio a su cargo.

En cuanto a los requisitos, la ley exige la concertación previa, pues la facultad unilateral sólo puede ejercitarse "si no se logra acuerdo" (art.15); "si previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo" (art. 16). Por consiguiente, es presupuesto necesario para el ejercicio de la facultad excepcional el agotamiento de proceso que busque el consenso de las partes.

En cuanto a la materia, la facultad excepcional de la interpretación unilateral sólo puede extenderse a las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia, razón por la cual la administración tendrá como limitación que no podrá extenderse a materias sobre las cuales no tengan discrepancia las partes (art. 15). Asimismo el ejercicio de la facultad de modificación excepcional, está limitada a la "supresión o adición" de obras, trabajos, suministros o servicios; en consecuencia, la modificación está limitada a un elemento "cuantitativo", por tanto, no puede extenderse a cláusulas o estipulaciones no concernientes a ese ámbito.

En cuando a los motivos, deben ser ciertos y tratarse de supuestos de hecho o de derecho contemplados expresamente por la ley, como habilitantes para el ejercicio de la facultad.

Interpretación unilateral. La normatividad en esta materia determina que "si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias" en relación con el alcance de algunas de sus estipulaciones, que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio, si no se logra acuerdo, la entidad contratante "interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia" (art. 15).

El legislador condiciona por tanto, el ejercicio de esta potestad al surgimiento, durante la ejecución del contrato, de discrepancias sobre el alcance de las estipulaciones, de tal manera que las presentadas en momento diferente no será posible solucionarlas por esta vía.

Modificación unilateral. Señala la ley que 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 introducirle variaciones y si no se llega a acuerdo previo, la entidad contratante en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios (art. 16).

Lo mismo que en el evento anterior, el legislador expresamente fija la oportunidad de aplicación de esta cláusula únicamente durante la ejecución del contrato.

Además se prevé en este caso que si las modificaciones alteran en un veinte (20%) o más el valor del contrato, el contratista tiene la opción de renunciar a continuar su ejecución, caso en el cual procede su liquidación y la entidad debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su terminación.

Terminación unilateral. La ley 80 prevé en su artículo 17 que la entidad en acto administrativo debidamente motivado la dispondrá en los siguientes eventos:

cuando las exigencias del servicio lo requieran o la situación del orden público lo imponga;

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

interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista y,

contrato.

La Administración provista de esta competencia por el ordenamiento jurídico, en caso de extrema gravedad, no busca un efecto punitivo contra el administrado que le colabora en la consecución de los fines del Estado, sino que es un medio de control para evitar que las entidades públicas tengan obstáculo jurídico que les imponga interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público, para defensa del interés común y a su vez en beneficio del patrimonio público ya que impide la violación del principio de la economía susceptible de afectarse por las circunstancias que le dan origen a su declaratoria.

La terminación unilateral del contrato por causa de nulidad absoluta. El ordenamiento la contempla cuando las partes han celebrado un contrato contra expresa prohibición legal (en el derecho privado su declaración sólo opera por conducto del poder jurisdiccional del Estado); en los contratos estatales es privilegio de la Administración declararla en instancia administrativa; esta competencia ejecutoria consiste en la potestad de terminarlo unilateralmente cuando:

en su formación o celebración se haya violado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades,

cuando se celebra contra expresa prohibición constitucional o legal,

cuando los actos administrativos en que se fundan son declarados nulos

en los demás eventos previstos por el artículo 44 de la ley 80 (en esta materia se pronunció la Sala en el mismo sentido¹⁰).

Esta potestad, a la par que las dos anteriores, se entiende aplicable únicamente, si el contrato aún está vigente pues la atribución es para darlo por terminado (art. 45, inciso 2º, ibídem).

Caducidad. Esta cláusula se define como la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado, dispone la terminación y ordena su liquidación en el estado en que se encuentre.

La declaración de caducidad tiene como fin sancionar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa, la ejecución del contrato; tiene como consecuencia jurídica que en los casos de obra pública o prestación del servicio, se termine en forma unilateral el vínculo contractual, para que la Administración ante la paralización de aquella o de éste, en protección del interés general, pueda tomar posesión de ella o asumir la prestación del servicio, con el objeto de continuar "inmediatamente" su ejecución con el garante o un tercero.

Dispone el estatuto de contratación que en caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, "adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado" (art. 18). Esta previsión legal otorga a la Administración la posibilidad de resolver sobre la declaratoria o no de la caducidad, previa valoración de los supuestos de hecho y de derecho y la procedencia de la expedición del acto administrativo respectivo, con miras a la protección del interés público, de tal modo que la abstención, en manera alguna excusa a la entidad de tomar las medidas tendientes a garantizar dicho interés público, esto es, la debida ejecución del objeto contratado. Lo que la entidad estatal persigue es el cumplimiento de los fines del Estado, incluida la guarda y preservación del patrimonio público, la continua y eficiente prestación de los servicios y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Fuera de las causales de incumplimiento señaladas en la ley 80 de 1993, el legislador ha previsto situaciones especiales que originan la terminación por caducidad en todos los contratos, por razones de orden público¹⁰.

La declaración de caducidad, según el texto de la ley, "no impedirá" la toma de posesión de la obra o la continuidad inmediata de la ejecución del objeto contratado, con el garante, con otro contratista o por la misma Administración (art. 18).

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones previstas en la ley y es constitutiva del siniestro de incumplimiento (incisos 3º y 4º, ibídem). Además, queda inhabilitado para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos por un término de 5

años a partir de la fecha de ejecutoria del acto que la declare (art. 8 numeral 1º. literal b e inciso final). La caducidad tiene como consecuencias jurídicas la terminación unilateral del contrato y su liquidación y ocasiona la exigencia de la cláusula penal pecuniaria.

En relación con la oportunidad de ejercicio de las potestades excepcionales por parte de la Administración y particularmente sobre la cláusula de caducidad,

la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia del 13 de septiembre de 1999, apoyándose en un pronunciamiento de esta Sala, expresó:

"Es verdad que vencido el plazo del contrato éste se coloca en la etapa de liquidación, pero no resulta razonable sostener que en esta fase la administración no pueda hacer uso de sus potestades sancionatorias frente al contratista, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio; es cuando puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista.

Este pensamiento no es nuevo para la Corporación. Ya la Sala de Consulta y Servicio Civil¹⁰ en relación con los límites temporales para el ejercicio por la administración de la prerrogativa de declarar la caducidad de un contrato consideró que,

"(¿) Si la caducidad es facultad que tiene la entidad pública para dar por terminado un contrato por el incumplimiento del contratista, es obvio que si transcurre el término establecido para la ejecución de la obra sin que ella se hubiere terminado, puede la entidad pública decretar inmediatamente la caducidad, ya que el no terminar la obra dentro del plazo previsto, bien puede considerarse como el incumplimiento por excelencia por parte del contratista. La caducidad tiene por sí misma sus consecuencias muy importantes, a las cuales no puede renunciar la entidad que en los contratos administrativos goza de ese privilegio. Lo contrario, la no declaración de caducidad, podría llevar a un litigio prolongado y de consecuencias imprevisibles para la administración. Es una obligación declararla en los casos de incumplimiento del contratista.

Vale la pena añadir en este punto que una de las causales de caducidad, como es el incumplimiento del contratista respecto al término de que disponía para la realización de la obra, no puede establecerse sino en el momento mismo en que ese término expiró. Por consiguiente, si bien el contrato no ha terminado por el hecho mismo del incumplimiento del contratista en cuanto al término, la entidad pública lo da por terminado en ejercicio de la facultad que le confiere la cláusula de caducidad".

En conclusión, cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el que pone en evidencia su incumplimiento y es este el momento en el que la administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento.

En este sentido la sala retoma y reitera la doctrina sentada en la sentencia de enero 29 de 1988, exp. 3615, en cuanto rectificó la tesis anterior sobre el término para el ejercicio de las potestades excepcionales en la actividad contractual y sostuvo que la administración podrá declarar el incumplimiento (o la caducidad)¹⁰ después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste".

La Sala precisa que la evaluación sobre el cumplimiento del contratista, la aplicación de los correctivos que la administración considere necesarios y las sanciones impuestas, son válidos si se efectúan durante el plazo para el cumplimiento del objeto del contrato y la liquidación del mismo (expediente 10264. M.P: Dr. Ricardo Hoyos Duque).

La declaración de caducidad tiene como consecuencia "el aniquilamiento de la relación contractual, o sea es una medida de inmensa trascendencia en el contrato, la cual se considera extrema si se tiene en cuenta, que el propio legislador le señala al contratante que "en caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad adoptará las medidas. . ." lo cual advierte su gravedad y la posibilidad de permitirle al contratista cumplirlo bajo otros apremios.

Sin embargo, señala esta Sala que en estos casos el principio del debido proceso debe presidir una determinación de ésta índole, por tener carácter sancionatorio para el contratista incumplido.

En este aspecto la Corporación por conducto de la Sección Tercera ha hecho pronunciamientos en este sentido incluso recogiendo fallos de la Corte Constitucional con fundamento en la Carta Política (art. 29) y en la legislación²⁰.

En efecto, la ley 80 de 1993 remite a las normas que rigen los procedimientos y actuaciones administrativos, las cuales son aplicables en las actividades contractuales" (art. 77). El Código Contencioso Administrativo ordena que la

"decisión debe adoptarse habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones" (art.35). Lo anterior conduce a que en los procedimientos administrativos sancionatorios "debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (exp. 14.821, citado), lo expresado, por cuanto se considera en todo caso perentorio preservar los derechos de defensa y contradicción (art. 3º, C.C.A.), a cuyo efecto no basta con que las decisiones estén debidamente motivadas.

En conclusión, el poder excepcional del cual es titular la entidad estatal contratante para declarar la caducidad mediante acto administrativo motivado,

encuentra un primer límite en las condiciones establecidas por la ley para su procedencia y, desde la perspectiva temporal, esta medida puede ser dictada durante la vigencia del contrato, incluida la etapa de la liquidación dentro del término pactado en el contrato, sin que en ningún caso sea posterior a esta última oportunidad, por tener efecto extintivo del mismo, observando las garantías del debido proceso.

La Sala pone de presente cómo el Gobierno Nacional acogiendo la jurisprudencia de esta Corporación, ha propuesto al Congreso en el proyecto¹⁰ modificatorio de la ley 80 de 1993, que "la caducidad de los contratos puede ser declarada hasta antes de que se haya practicado la liquidación o, a falta de ésta, hasta el vencimiento del plazo a que se refiere el literal d), numeral 10, artículo 136 del Código Contencioso Administrativo para hacerla unilateralmente" (art.14).

Liquidación unilateral. La facultad de liquidación unilateral del contrato es potestad de las entidades estatales en los eventos de declaratoria de caducidad, terminación por nulidad absoluta y cuando el contratista no se presente a la liquidación o no se llegue a acuerdo sobre su contenido; está prevista en los artículos 18, 45 y 61 de la ley 80 de 1993 y se considera como "otra potestad excepcional que privilegia los intereses de la entidad estatal", según expresión de los autores Mutis y Quintero ya citados, quienes se apoyan en pronunciamiento de esta Corporación¹¹.

Sin embargo, debe advertirse que la liquidación en general puede producirse según algunos doctrinantes²⁰ por "causas normales" cuando hay cumplimiento íntegro y pleno del objeto contractual y además tienen lugar dentro del plazo estipulado. En tanto las "causas anormales" incluyen la terminación unilateral, la caducidad administrativa, la terminación por causa de nulidad absoluta, el mutuo acuerdo, la renuncia del contratista y el incumplimiento de la entidad contratante; en estos casos el contrato termina en oportunidad distinta a la prevista inicialmente en él.

La liquidación del contrato de común acuerdo (art. 60, ibídem) o la que se realice en forma unilateral es la última etapa del vínculo contractual que tienen las partes para finiquitar la relación y definir las discrepancias surgidas, pues constituye el balance entre las prestaciones y acreencias de los contratantes; la ley prevé que en la liquidación se acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar y se harán constar los acuerdos, conciliaciones y transacciones "para poder poner fin a las divergencias presentadas". Ejecutoriado el acto de liquidación cesa definitivamente la relación contractual, o sea se extingue el contrato.

La jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado en este sentido para advertir que con dicho acto de liquidación, concluye definitivamente la relación contractual a tal punto que, de su contenido, depende si queda abierto el camino para la revisión judicial o si por el contrario se cierran las posibilidades de reclamar frente a la misma³⁰.

En cuanto a la oportunidad en el tiempo dentro de la cual ha de cumplirse la liquidación, se han señalado dos: de una parte, dentro de los términos previstos en los pliegos de condiciones o en los de referencia o también en el propio documento contractual; en caso contrario, dentro de los términos señalados en la ley, o sea a más tardar en los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato, según los criterios expresados por esta Sala donde se han identificado los distintos eventos, que en esta ocasión se reiteran:

"En cuanto al término dentro del cual debe procederse a la liquidación puede advertirse que el régimen normativo, partiendo desde el establecimiento convencional del término para ello hasta llegar a la liquidación judicial del contrato, pretende que la relación jurídica contractual quede sometida finalmente a un corte de cuentas en el que se establezcan los saldos a favor o en contra de las partes, sin que esta situación sea indefinida.

Establecen la ley 80 de 1993, artículos 24, numeral 5, letra f), 60 y 61 y el C.C.A., art. 136, numeral 10, letra d) los siguientes eventos:

a) La administración unilateralmente en los pliegos de condiciones - licitación pública, o términos de referencia - concurso público, de manera obligatoria definirá el plazo para la liquidación, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía. Esto implica que el plazo queda condicionado a factores concretos atinentes, por vía de ejemplo, a las prestaciones contratadas, considerando si el contrato es de tracto sucesivo o de ejecución instantánea con prestación única, hecho este último en el que no parece procedente la liquidación sino en casos excepcionales. Parecidas consideraciones habrá de hacer la administración en punto a la naturaleza y cuantía, para fijar el término de la liquidación.

Es así como el artículo 60 ordena que en los contratos de tracto sucesivo, en aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y en los demás que lo requieran, el término de liquidación deberá estar fijado en el pliego de condiciones o en los términos de referencia, atendiendo la evaluación de los factores señalados en el artículo 24, numeral 5o., letra f).

Si los factores mencionados, debidamente evaluados por la administración, no hacen necesario el señalamiento de un plazo de liquidación en los pliegos de condiciones o en los términos de referencia, las partes contratantes, subsidiariamente por mutuo acuerdo, lo fijarán en el contrato respectivo.

b) La liquidación debe hacerse a más tardar antes del vencimiento de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato, o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que lo disponga. Aquí se prevé un plazo para el procedimiento de liquidación;

contrato, lo que ha de hacer, por regla general, dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto, del fijado por la ley (arts. 61, ley 80 de 1993 y 44, ley 446 de 1998).

d) Si la administración no liquida el contrato durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes (art. 136 num. 10 letra d) del C.C.A.) o, en su defecto, del establecido por la ley (4 meses según lo previsto en el artículo 60 de la ley 80 de 1993), el interesado puede acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial, para lo cual cuenta con un término de caducidad de la acción de dos (2) años, siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar" (C.C.A. art. 136 numeral 10 lit. 10 d.) (Radicación 1.230).

La liquidación en todo caso, tratándose de contratos de obra con la característica de ser de tracto sucesivo, procede y su oportunidad la señala el artículo 60 de la ley 80 advirtiéndose que constituye la última actuación previa a la extinción del mismo y por tanto, se entiende como la actuación que señala la extinción de la relación contractual, donde se extiende un finiquito o paz y salvo por todo concepto, o se convierte en fuente de unas "obligaciones residuales".

Potestad sancionatoria. Existe además en la ley 80 la potestad sancionatoria, la cual tiene fundamento en los artículos 4º.2, 18, 22.1, 31 y 59, se manifiesta según la naturaleza y efectos jurídicos en sanciones coercitivas o multas cuya finalidad es constreñir, coaccionar o apremiar al contratista para obligarlo a dar cumplimiento al contrato.

Sobre la materia sostiene esta Corporación por conducto de la Sección 3ª, en providencia del 4 de junio de 1998 acerca de las potestades de autotutela de la administración pública, que tal como están definidas, las multas pueden estipularse en los contratos estatales a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista. Lo que debe preguntarse es si el incumplimiento lo debe declarar el juez o si puede hacerlo directa y unilateralmente la administración con la expedición de un acto administrativo.

"Para la Sala la administración tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el artículo 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos"¹⁰.

Continúa la Corporación, en la misma sentencia analizando que de conformidad con el artículo 77 de la ley 80 de 1993 "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".

Cita igualmente el artículo 23 del mismo estatuto donde se prevé, dentro de los principios con arreglo a los cuales se desarrollan las actuaciones contractuales, que deben aplicarse los contenidos del derecho administrativo. Por ello destaca el Consejo de Estado:

Si la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan "los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados", bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista.

La providencia citada evoca la autoridad de los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández quienes anotan lo siguiente:

"El poder de dirección y control de la ejecución del contrato se traduce en instrucciones, órdenes y sanciones. A la Administración contratante interesa, ante todo, el fin último del contrato, la correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio público más que la percepción de una indemnización por las deficiencias o demoras en la ejecución, que nada resuelve en orden a la satisfacción del interés general. De ahí que la ley no se conforme con reconocer a la Administración la facultad de resolver el contrato cuando el contratista incumpla sus obligaciones y trate, antes que nada, de asegurar que ese incumplimiento no se produzca, autorizándola para poner en juego con este fin sus poderes de coerción y para imponer sanciones que muevan al contratista a evitar la situación de incumplimiento"¹⁰ (la Sala destaca con negrilla).

El poder de dirección y control de la entidad contratante para imponer las multas pactadas en el contrato, con el fin de sancionar su retardo o el incumplimiento, puede tener lugar durante su ejecución hasta el momento de concluir la liquidación del mismo, porque precisamente en esta operación es cuando se evidencia en la mayoría de los casos, si se dió cumplimiento cabal a las obligaciones y prestaciones a cargo del contratista.

El sometimiento a las leyes nacionales. Es mandato constitucional que las autoridades en un estado social de derecho estén sometidas al ordenamiento jurídico y es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes y respetar y obedecer a las autoridades (arts. 2º y 4º de la C.P.).

La inclusión del "sometimiento a las leyes nacionales", exigida a la actividad contractual de las entidades públicas, como lo prevé el artículo 14 de la ley de contratación estatal, constituye desarrollo de tales preceptos y del principio de legalidad a la que está sometida la administración

pública y cumple una función integradora en cada contrato pero no puede considerarse cláusula ni estipulación, por no contener acuerdo a pesar de su calificación legal como tal, excepto lo previsto en los artículos 13 y 70 de la ley contractual.

El sometimiento a las leyes nacionales permite comprender que las entidades públicas, como autoridades estatales estén obligadas por el legislador a desarrollar conductas unilaterales en la relación contractual, que no son propiamente consideradas excepcionales o exorbitantes, pero sí extrañas a los contratos entre quienes son iguales ante la ley, esto es, los particulares, regulados en su negocio por las mismas normas, además tienen libre disposición patrimonial y en sus relaciones contractuales el Estado es un tercero, por ende, son ajenos a las leyes que regulan las actuaciones públicas.

Límite temporal para el ejercicio de potestades excepcionales

El aspecto dominante de la consulta en las preguntas formuladas hace referencia a "los límites" que tiene la Administración en los contratos que celebre para aplicar las cláusulas excepcionales. La falta de competencia en el tiempo es uno de los elementos fundamentales que da validez o no a las actuaciones administrativas y conduce, por el sólo transcurso del tiempo, a su expedición extemporánea o a trasladar esa competencia a otra autoridad.

Se han hecho algunas precisiones previas sobre la competencia que le asiste a la entidad estatal contratante para el ejercicio de los poderes excepcionales a fin de determinar la pertinencia en el tiempo, durante las distintas etapas del contrato, con la consideración de que la simple afirmación de su ejecución o duración y otras como la terminación o extinción, generan diversos momentos de oportunidad o extemporaneidad sobre los que se producirían consecuencias jurídicas para la calificación de los actos administrativos.

La exigibilidad en el cumplimiento del contrato y su imputación a cargo del contratista surgen por causa de aquél. Extinguidos los efectos jurídicos del contrato, concluye también la responsabilidad contractual del particular, para quien, terminada la fuente de su obligación, se consolida la situación concreta y particular de ser declarado a paz y salvo por todo concepto respecto de esa relación contractual, si cumplió en debida forma todas las obligaciones a su cargo.

El origen, la finalidad y consecuencias jurídicas de la potestad de sancionar nacen de la necesidad de garantizar la ejecución del contrato, de la prontitud en la resolución del conflicto derivado del principio de que la actividad del Estado no puede tener solución de continuidad y porque la extinción de los efectos jurídicos del contrato eliminan la responsabilidad del contratista particular.

El cuestionario de la consulta se orienta a la definición de las atribuciones que le asisten a la administración en el ejercicio de sus potestades derivadas de la celebración de contratos, especialmente lo referente a la competencia temporal, bajo el supuesto de ausencia de norma positiva que establezca un límite en el tiempo. Sin embargo, el legislador en cada caso señala la oportunidad del ejercicio de las facultades excepcionales. De ahí que resulte pertinente la remisión a la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la pertinencia en el tiempo de tales facultades.

En efecto, esta Corporación, en diversos pronunciamientos ha sido constante en expresar que la oportunidad de la administración para el ejercicio de poderes excepcionales opera durante la vigencia del contrato. La providencia del 4 de junio de 1998, expresó:

"Es cierto que la reiterada posición de la Sala ha sido la de que los poderes exorbitantes, hoy excepcionales, otorgan a la entidad una competencia también excepcional, que debe ser ejercida dentro de la vigencia del contrato para brindarle seguridad jurídica a la relación contractual, al punto que estarían viciados de nulidad los actos en los que se ejercitan tales poderes cuando se expiden por fuera del plazo del contrato, que es a la vez el término de vigencia de la competencia de la entidad pública para ejercer directamente sus poderes, puesto que una vez vencidos, será el juez del contrato quien debe calificar los incumplimientos.

(. . .)

Las razones que justificaban la limitación temporal en el ejercicio de las potestades de la entidad contratante siguen teniendo vigencia bajo el actual régimen de contratación administrativa (ley 80 de 1993) (destaca la Sala con negrilla).

El Consejo de Estado en sentencia del 13 de septiembre de 1999, expediente 10264, precisó el plazo del contrato para el ejercicio de las potestades de la administración en la actividad contractual. En esta providencia advierte que no debe entenderse necesariamente como el de "la ejecución", sino que comprende también el interregno en que las partes aún no extinguen todas las obligaciones surgidas con ocasión del contrato, lo cual sólo se cumple con la liquidación. En particular sobre la oportunidad que tiene la administración para declarar la caducidad del contrato, potestad concedida por la ley a la entidad de derecho público, ha sostenido la Sala que sólo puede hacerse uso mientras esté vigente el contrato y no cuando el plazo haya vencido, "ya que una de las limitaciones que afectan su ejercicio, es precisamente el elemento temporal para no configurar una incompetencia "ratione temporis". Esta posición la ha reiterado la Corporación, siempre con la misma orientación en varias de sus sentencias¹⁰.

El texto en la parte pertinente, señala:

(. . .)

Para referirse a la competencia temporal de la administración con respecto al ejercicio de los poderes exorbitantes, la Sala ha utilizado distintas expresiones tales como que los actos deben proferirse durante el plazo del contrato, o mientras el contrato no se haya vencido, o en vida del contrato, o antes de su vencimiento o fenecimiento, etc. pero no se ha precisado por la jurisprudencia cuál es la vigencia del contrato administrativo, hoy contrato estatal, lo cual constituye una buena razón para que ahora la Sala se ocupe del tema.

1.2 Las obligaciones a plazo. Es pertinente recordar que en el régimen general de las obligaciones el establecimiento del plazo del contrato señala la exigibilidad de las obligaciones que de él se derivan para cada uno de los contratantes.

De acuerdo al art. 1551 del Código Civil "el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación", lo cual significa que en las obligaciones a plazo - aquellas en las que se ha fijado una fecha determinada para su cumplimiento -, que son las que para el caso interesan, el cumplimiento está supeditado a la llegada de esa fecha, momento en el cual son exigibles las obligaciones que se contrajeron, pero en estricto sentido, no se extinguen todos los derechos que surgieron del contrato.

Obsérvese que en el art. 1625 del Código Civil entre los diferentes modos que señala para extinguir las obligaciones, no relaciona la llegada del plazo; de lo cual se deduce que éste no extingue las obligaciones, porque ocurrida o llegada la fecha para su cumplimiento lo que deviene es la exigibilidad de las mismas, pero no la extinción ipso facto de todos los derechos y obligaciones, ya que si entre las partes existen obligaciones pendientes, éstas sólo se extinguirán una vez se haya cumplido con las mismas.

En otras palabras, con el cumplimiento de la obligación principal no se da por terminada la relación contractual si del contrato se derivan otras obligaciones para cualquiera de las partes, caso en el cual el vínculo que se ha creado con el contrato todavía estará vigente y aún no se ha extinguido.

El plazo en los contratos que celebran las entidades públicas. Las reglas del derecho común acabadas de citar no son ajenas a la contratación con el Estado, pese a que en principio ésta se rige por las normas de derecho público y las especiales sobre la materia.

En los contratos que celebra la Administración para la consecución de los fines estatales, el plazo no es únicamente el que se fija para la construcción, reparación o conservación de la obra, si éste es de obra pública, o para la entrega de los elementos si es de suministro, o para la prestación del servicio si es de esta naturaleza, etc., pues el plazo del contrato no se conviene solamente para el cocontratante sino también para la Administración, toda vez que de su parte tiene la obligación de cumplir con los compromisos que asumió para con el contratista en los términos que se hayan previsto, vale decir, para la entrega de los terrenos, los diseños o planos para la ejecución de la obra, para ordenar la iniciación de los trabajos, para realizar los pagos, para que el contratista cumpla las órdenes que le imparta, etc. y habrá otros plazos que son comunes a las partes como el previsto para la liquidación del contrato por mutuo acuerdo. De tal forma que el incumplimiento de cualquiera de estos plazos depara para el causante consecuencias sancionatorias y pecuniarias que se hacen más exigentes en el tráfico administrativo al estar de por medio la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Sin duda, cualquiera sea el tipo de contrato que celebre la Administración dispone de un plazo limitado en el tiempo de acuerdo a su objeto, puesto que puede asumirse como un negocio jurídico a plazo fijo, dentro del cual el contratista debe cumplir con su obligación principal (construir la obra, entregar los suministros, etc.) y la administración podrá ejercer sus potestades sancionatorias (multas, caducidad y cláusula penal) frente al incumplimiento del cocontratante. Pero si bien es cierto en la mayoría de los casos el plazo del contrato coincide con el de ejecución de la obra, con la entrega del suministro, con la prestación del servicio, también lo es, que este plazo no constituye propiamente hablando el período de ejecución del contrato porque al finalizar el plazo que se ha destinado para el cumplimiento de la obligación principal por parte del contratista las partes no quedan liberadas de pleno derecho mientras no se extingan todas las obligaciones adquiridas, lo cual se cumple necesariamente en la etapa de liquidación del contrato en la cual es donde la administración puede valorar el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista y es la que le pone término a la vinculación de las partes.

(. . .)

En el evento de que el contratista no haya cumplido cabalmente, vale decir, porque entrega la obra inconclusa o se presentan faltantes o se requiere de reparaciones, la administración podrá hacer valer sus poderes sancionatorios de acuerdo con la magnitud del incumplimiento.

La etapa de liquidación del contrato.

(. . .)

La ley 80 de 1993 por su parte, dispuso en el artículo 60 que serían objeto de liquidación todos los contratos de tracto sucesivo, entendiendo por aquellos los de ejecución y cumplimiento prolongados en el tiempo, etapa en la cual las partes debían acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que hubiere lugar. En cuanto al contenido del acta de liquidación señaló que en ella debían constar "los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo".

Con estos antecedentes busca la Sala resaltar y recordar la importancia que tiene la etapa de liquidación del contrato y los alcances de la misma, ya sea porque se haya realizado de mutuo acuerdo o porque a falta de éste la administración la realice unilateralmente.

Si la ley permite que en esta etapa los contratantes ajusten todas las cuentas que se suscitaron con ocasión de la ejecución del contrato, que puedan hacerse reconocimientos o determinarse indemnizaciones a favor del contratista, que daba lugar hasta para la aplicación de sanciones al contratista (porque eso es lo que se deduce de los derogados artículos 193 y 289 citados), que la administración puede retener las sumas que estime se le deben, todo con ocasión de la ejecución del contrato, no puede jurídicamente tenerse su liquidación como una etapa extraña al plazo contractual.

No en vano la Sala ha considerado que la liquidación del contrato, es un auténtico corte de cuentas entre los contratantes, en la cual se define quien debe y cuánto¹⁰, y que cuando se suscribe sin reparos cierra para las partes la posibilidad de ejercer todas las acciones que se originan del contrato. De otro lado, la liquidación del contrato marca el punto de partida para determinar el plazo de la caducidad de las acciones que se deriven del mismo (art. 136 numeral 10, lit. c y d C.C.A.).

De acuerdo con lo anterior, la Sala precisa que el contrato que se celebra con el Estado tiene dos plazos: uno para la ejecución y otro para la liquidación y que no tienen jurídicamente el mismo alcance las expresiones contrato vencido y contrato extinguido, toda vez que frente al primero la administración tiene la potestad para exigir las obligaciones a cargo del contratista y evaluar su cumplimiento. La extinción del contrato por el contrario, se configura cuando éste ha sido liquidado. En este orden de ideas, no puede estar ausente en la etapa de liquidación del contrato la potestad de autotutela de la administración para declarar su incumplimiento.

Sobre la afirmación hecha tantas veces por esta Sección acerca de que "terminado el contrato, bien por decreto de caducidad o bien por terminación del plazo o por cumplimiento del objeto del contrato, lo que sigue es la liquidación del mismo"²⁰.

En conclusión, cuando el contratista no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, por lo general su vencimiento pone en evidencia el incumplimiento y es éste el momento en que la Administración califica la responsabilidad del contratista, de manera que si lo fue por motivos imputables a él, debe sancionar su incumplimiento.

Además, como lo afirma el fallo de la Sección 3ª el cumplimiento del plazo no define la terminación del contrato, ni es fuente que libere de sus obligaciones al contratista, sino que constituye la oportunidad de verificar su cumplimiento y de tal examen, se deriva el ejercicio de competencias como la declaración de la caducidad, la imposición de multas y la efectividad de la cláusula penal. En caso contrario, la Administración procederá a extender finiquito y a otorgar paz y salvo que marca el punto de extinción del contrato y con ella la de las competencias para intentar posteriormente el ejercicio de las facultades excepcionales porque también se elimina su oportunidad.

Por ello el pronunciamiento final de la providencia citada in extenso, señala:

Practicada la liquidación del contrato o vencido el plazo para hacerlo por mutuo acuerdo o unilateralmente por la administración a falta de aquél dentro de los dos (2) meses siguientes que hoy establece la ley (art. 136 numeral 10 lit.d., C.C.A.), la administración queda despojada de sus potestades sancionatorias y cualquier incumplimiento que se le impute al contratista debe ser constatado por el juez (expediente 10.264. M.P: Dr. Ricardo Hoyos Duque).

Conclusiones

Antes de proceder a dar respuesta al cuestionario formulado, se sintetizan los aspectos de la consulta analizada.

Las potestades excepcionales de la administración previstas por el ordenamiento jurídico, son soluciones extremas en casos de suma gravedad. Salvo las sanciones como multas, cláusula penal y la caducidad, en general no tienen un efecto punitivo contra el administrado que le colabora en la consecución de los fines del Estado, sino que son medios de control para evitar que las entidades públicas tengan obstáculo jurídico que les imponga interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público, para beneficio del interés común y a su vez en preservación del patrimonio público ya que impide la violación del principio de economía, susceptible de afectarse por la mora en el cumplimiento del objeto contratado.

En general podría advertirse que una etapa precontractual, únicamente comporta el cumplimiento o la efectividad de las garantías que se hayan constituido para seguridad de la propuesta y del perfeccionamiento del contrato en el evento de la adjudicación. Sobre ella se destacó como facultad especial de la Administración la potestad de imponer en forma unilateral los pliegos de condiciones o términos de referencia los cuales pueden ser objeto de aclaraciones y aún de variaciones por las observaciones que formulen oportunamente los interesados.

En la etapa contractual, o sea "durante la ejecución del contrato", las competencias de la Administración son las más amplias. Por tanto, tienen lugar las que permiten la interpretación, modificación y terminación unilateral (arts. 15, 16 y 17, ley 80/93), incluida la modalidad mas importante, la caducidad (art. 18, ibídem), también son pertinentes los poderes sancionatorios de la llamada cláusula penal y las multas, lo mismo el que le permite hacer efectivas las garantías.

recibida, de esta operación aparece que ella está incompleta o defectuosa; en tal evento, deberá hacer efectivas las sanciones por incumplimiento que podrán consistir en multas o en la efectividad de la cláusula penal pecuniaria.

En todo caso también es potestad del contratante proceder a la liquidación unilateral del contrato cuando el contratista no se allane a hacerlo de común acuerdo y dentro de las oportunidades señaladas atrás, aún después de concluido.

Finalmente, la etapa postcontractual, tiene lugar una vez practicada la liquidación, o vencido el plazo para haberla efectuado de común acuerdo, o unilateralmente por la Administración; en esta etapa la entidad queda despojada de potestades sancionatorias y cualquier incumplimiento que se le impute al contratista debe ser dirimido por el juez.

Retomando el caso concreto planteado por el consultante, el ordenamiento legal confiere atribuciones suficientes a las entidades estatales para declarar la caducidad de los contratos, en todos los eventos, en defensa del interés público, lo cual excluye valoraciones o motivaciones diferentes a éste, tanto para declararla como para abstenerse de hacerlo, razón por la cual la jurisprudencia de esta Corporación referida por el consultante advirtió desviación de poder al expedir un acto administrativo de caducidad con ánimo retaliatorio, ante la actuación litigiosa del contratista (sentencia de 24 de septiembre de 1990; exp. 5164), pues ciertamente los poderes excepcionales de la Administración no están conferidos para ocultar su inacción frente al incumplimiento del contrato, o ante la inoportunidad de las medidas de control e intervención necesarias para la ejecución de éste y cuando tan grave decisión se tomó con ánimo retaliatorio, ausente de consideraciones de interés público.

Por tanto, el ejercicio de las potestades excepcionales por las entidades estatales se cumplen mediante la expedición de actos administrativos de carácter particular y concreto, durante el contrato incluida la operación de liquidación y el régimen legal no establece precepto alguno reconociendo efecto jurídico enervante de tales potestades en razón del ejercicio del derecho de acción por parte del contratista contra la administración. Por el contrario, la acción contractual está expresamente prevista en la legislación como derecho del contratista (arts. 14 y 77, ley 80/93 y 87 C.C.A.).

Por ello no resulta válido atribuir a tal circunstancia la consecuencia de suspensión, extinción o resolución de las obligaciones nacidas del contrato, o del contrato mismo por esta causa, mientras no se produzca una situación jurídica suficiente para tal efecto, como es el acuerdo entre las partes, la extinción de las obligaciones del contrato por cumplimiento de las prestaciones convenidas, o la expedición de actos unilaterales de la Administración que la ley tenga previstas, o una decisión judicial, o cualquiera otra a la que el legislador o el contrato le reconozca tal efecto.

La Sala responde

Los límites temporales que tiene la Administración para la aplicación de las cláusulas excepcionales en los contratos estatales, son los establecidos por la ley. En particular previstos para hacerlas efectivas durante su vigencia a fin de garantizar la oportuna y continua prestación del servicio o ejecución de la obra, tales como los casos de interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato. La caducidad y las cláusulas pactadas en las respectivas estipulaciones del contrato, en materia sancionatoria como las multas, operan durante su vigencia y aún en el momento de la liquidación pactado en él, donde aparezca evidente el incumplimiento total o parcial.

2.No es posible que la Administración encuentre límites temporales para el ejercicio de potestades excepcionales, distintos a los previstos expresamente en las normas de rango legal.

3.El derecho del contratista particular de acudir ante la jurisdicción no impide al contratante, o sea la Administración, el uso de las potestades excepcionales cuando ellas tienen fundamento legal y cumplen los requisitos establecidos para su ejercicio, por constituir el mecanismo idóneo para la protección del interés público y la continuidad en la ejecución del contrato, siempre y cuando la relación contractual esté vigente, es decir, los efectos jurídicos derivados del contrato no se hayan extinguido.

4.Las entidades estatales tienen la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia en la ejecución del contrato, y en consecuencia durante su vigencia, siempre tendrán competencia para salvaguardar el interés público y garantizar la continuidad del servicio o la ejecución de las obras de beneficio general, objeto del contrato.

Por tanto, la entidad estatal puede dar aplicación a las cláusulas excepcionales, si tiene motivos fundados para su imposición, pese a que su cocontratante haya acudido ante la jurisdicción y siempre y cuando aún subsista la relación contractual.

5.De acuerdo con la Constitución, el Código Contencioso Administrativo y la ley 80 de 1993, entre otras disposiciones, la Administración tiene el deber de aplicar las medidas necesarias para la prestación de los servicios y la ejecución de los contratos en protección del interés público. Antes de concretar las hipótesis planteadas debe señalarse que el término de duración de los procesos contencioso administrativos o arbitrales

no constituye óbice para que la Administración cumpla sus responsabilidades frente al contrato.

Estas competencias le permiten:

Evitar el detrimento del patrimonio del Estado cuando los riesgos y circunstancias en que se cumpla el contrato resulten contrarias al interés público, o su desarrollo amenace conducir a tales eventos, como son las hipótesis previstas para la terminación anticipada del contrato (art. 17, ley 80/93). También en los casos de incumplimiento que dan lugar a la declaratoria de caducidad (art. 18, *ibídem*).

Ante la negativa del contratista de continuar ejecutando el objeto del contrato, la Administración puede asumir en forma inmediata las obras en curso, previo el inventario del estado en que se encuentran, como elemento necesario de la liquidación, a fin de garantizar el interés público comprometido. En tales eventos puede optar por concluir el contrato directamente o ejecutar la parte faltante por conducto del garante u otro contratista (art. 18, *ibídem*).

La entidad contratante puede hacer efectivas las garantías en materias como el anticipo, cumplimiento, calidad y estabilidad de la obra que resulten pertinentes mediante la expedición de los actos administrativos cuando haya lugar.

La Administración, ante el incumplimiento, incluido el abandono de la obra, puede inmediatamente compruebe que no se trata de una situación momentánea o accidental, tomar posesión de ella a fin de continuarla y hacer efectivas las garantías, según la respuesta anterior (art. 18, *ibídem*).

La entidad de acuerdo con las respuestas anteriores, está facultada para ordenar la liquidación que puede cumplirse de común acuerdo o en forma unilateral por la Administración, en caso de que el contratista no preste su concurso para tal propósito (arts. 60 y 61, *ibídem*).

La Administración está en la obligación de pagar al contratista "lo que le debe" por considerarse exigible, según la hipótesis planteada en la pregunta; lo anterior, por cuanto suspender su trámite hasta tanto el juez decida, materia que se entiende no planteó el contratista en su demanda, es contrario al principio de la economía, pues, en caso de condena resultará más oneroso para el patrimonio público el pago extemporáneo, ya que con ello causa perjuicio al contratista.

En caso de que la demanda verse sobre "lo que le debe antes del fallo" resulta obvio que la Administración está en la obligación de proceder al pago a fin de evitar un proceso contencioso administrativo o arbitral.

Cuestión distinta es, si a diferencia de lo planteado por el consultante, existe duda o está bajo controversia la deuda o su monto definitivo, en cuyas hipótesis la Administración puede abstenerse del pago hasta que se fije el valor de la obligación en forma definitiva por la justicia.

Transcríbase el señor Ministro del Interior. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

(continúan las firmas)

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE CESAR HOYOS SALAZAR

Presidente de la Sala

LUIS CAMILO OSORIO ISAZA AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:26:52