

POTESTAD EXORBITANTE – Definición

Se trata de poderes públicos conferidos por la ley o autorizadas por ella, en atención a los cuales el Estado adquiere la facultad de dirigir la ejecución de los contratos, con miras a que prevalezca el interés general que subyace en el negocio público, en determinadas situaciones materiales, pues en caso de no intervenir se podría afectar la ejecución normal del mismo, e incluso conducir a la paralización de un servicio público. Se trata, por tanto, de un conjunto de poderes de intervención unilateral del contratante sobre el contrato, potestad de la cual no pueden hacer uso los contratistas –particulares-, porque tratándose de la Ley 80 no se contemplan estas prerrogativas en favor suyo. No obstante, no todos los contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993 incorporan estas cláusulas. En realidad, sólo es posible en seis (6), de los cuales cuatro obligatoriamente deben incluirlas, y en caso de que no lo hagan se entienden pactadas.

En otros dos (2) contratos la ley admite la posibilidad de pactar estas cláusulas, de manera que en esta hipótesis si no se pactan no se entienden incluidas en el convenio, luego su estipulación no es virtual sino expresa. El fundamento normativo de esta circunstancia está en el inciso segundo, del numeral segundo, del art. 14 de la Ley 80, según el cual: «Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios ».

CLÁUSULAS EXHORBITANTES – Contrato estatal – Estipulación – Prohibición

El artículo 14 establece que en otro grupo de contratos no se pueden pactar las cláusulas excepcionales, por razones que varían de un contrato a otro, pero que tienen en común el hecho de que el legislador prohíbe que el régimen de la exorbitancia opere en ellos. El párrafo de esta norma dispone: «PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; **en los interadministrativos**; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales» . (Negrillas fuera de texto).

POTESTAD EXORBITANTE – Contrato estatal – Estipulación – Otros negocios jurídicos – Procedencia

Existe un grupo o conjunto de contratos que no pertenece a ninguno de los relacionados. Se trata de cualquier otro negocio jurídico, es decir, de los no enunciados hasta ahora –por ejemplo: interventoría, compraventa, permuta, etc.- sobre los cuales surgió la duda, entre los operadores jurídicos, acerca de si era posible pactar en ellos las cláusulas exorbitantes, fundado en el principio de la autonomía de la voluntad, que también rige en materia contractual, en virtud de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80.

La sentencia de noviembre 30 de 2006 –Sección Tercera, exp.(30.832) consideró que los poderes excepcionales sólo se pueden pactar y ejercer en los contratos autorizados por la ley; si ella no lo hace entonces las partes no pueden convenirlos, porque necesitan cobertura legal.

CADUCIDAD DEL CONTRATO – Competencia temporal

La Sala Plena de la Sección Tercera profirió una sentencia de unificación jurisprudencial¹, en virtud de la cual sólo durante el plazo del contrato se puede imponer esta sanción, de manera que tan pronto vence, aunque siga en ejecución, no es posible hacerlo. Interesa destacar de esta sentencia que, indiscutiblemente, durante el plazo de ejecución es posible declarar la caducidad, pues nadie lo debate o niega; de hecho, la discusión sólo radicó en la posibilidad de hacerlo fuera del término, nunca dentro de él.

CLÁUSULA PENAL PECUNARIA – Competencia sancionatoria – Competencia temporal – Límite – Plazo – Liquidación

La Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar por fuera del plazo el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la *cláusula penal pecuniaria*. Sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo sino también

¹ Sentencia del 12 de julio de 2012, exp. 15.024.

cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que el término no limita la competencia sancionatoria.

MULTAS – Competencia temporal – Regímenes

En vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 la Sección Tercera sostuvo frente a las multas la misma tesis expresada en relación con la caducidad, es decir, que la administración podía imponerlas, pero sólo mientras estuviera vigente el contrato; vencido éste desaparecía el poder exorbitante.

No obstante, en vigencia de la Ley 1150 de 2007 cambió de sentido este mismo problema –competencia temporal- en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, esta vez no por una variación introducida por la jurisprudencia a sus propias tesis, sino porque la Ley 1150 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se conserva « *mientras esté pendiente la ejecución*» del contrato, así es que de ninguna manera quedó limitado a que se haga sólo «*durante el plazo*» del contrato. En este sentido, el inciso primero del art. 17 de esta ley expresa categóricamente: «[...] Esta decisión procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista [...]»

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO – Competencia temporal – Oportunidad de declaratoria – Causales – Muerte del contratista

La competencia para terminar unilateralmente un contrato no desaparece cuando vence el plazo, porque es perfectamente posible que posteriormente se configure alguna de las causales legales que conducen a esa decisión. El error de apreciación en este tema radica en no diferenciar el *plazo del contrato* de la *ejecución del contrato*, pues si bien lo normal es que un negocio jurídico se cumpla dentro del tiempo previsto –estado usual y, además, esperado por las partes-, también cierto que con frecuencia se cumple fuera del plazo: es el caso en que el contratista incumple sus obligaciones, y termina fuera del tiempo convenido. En este evento aún existe el contrato –por tanto vincula-, pero el plazo está vencido, aunque la ejecución continúa. La comprensión de esta idea se facilita con un ejemplo sencillo, ajustado al caso concreto: si una causal de terminación unilateral es la muerte del contratista, o la declaración de quiebra o la interdicción judicial, y si alguna de ellas se presenta vencido el plazo del contrato, pero vigente el negocio, ¿no podrá la administración darlo por terminado porque debió hacerlo durante el término de ejecución de las obligaciones? ¿Acaso la circunstancia ocurrió en ese momento?. No cabe la menor duda que en ese supuesto el contrato no terminó por expiración del plazo, por el contrario, sigue vigente –probablemente porque alguna de las partes lo incumplió-, y debe terminarse unilateralmente si durante su ejecución –así sea fuera del plazo- acaece una causal del art. 17 de la Ley 80, que impone –obliga- a la administración a adoptar la medida correspondiente, mediante un acto administrativo. En esta línea de pensamiento queda claro, para resumir y concretar, que la terminación unilateral se puede ejercer durante la ejecución, aunque haya vencido el plazo del contrato, pero siempre que las obligaciones del contratista estén pendientes. De esta manera, ni siquiera durante la liquidación del contrato sería posible, porque la ley circunscribe la potestad a la etapa de ejecución.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ (E)

Bogotá D.C., febrero trece (13) de dos mil quince (2015)

Radicación número: 05001-23-31-000-1996-01171-01(26938)

Actor: COLOMBIANA DE SERVICIOS ELÉCTRICOS LTDA

Demandado: EMPRESA ANTIOQUEÑA DE ENERGÍA S.A.

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 2003, por el Tribunal Administrativo de Antioquia -fls. 272 a 289, cdno. ppal.-, que negó sus pretensiones, en los siguientes términos:

“FALLA

“1. DENIEGANSE LAS PRETENSIONES

“2. No hay lugar a condena en costas.”

ANTECEDENTES

1. La demanda

La Sociedad Colombiana de Servicios Eléctricos Ltda. -en adelante la demandante, la contratista, la parte actora o la sociedad- en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda contra la Empresa Antioqueña de Energía S.A. –en adelante EADE, la demandada o la entidad- con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones –fl. 35, cdno. 1-:

“PETICIONES

“PRIMERA PETICION PRINCIPAL: Que se declare que la EMPRESA ANTIOQUEÑA DE ENERGÍA S.A. incumplió el contrato 4.044 celebrado con COLOMBIANA DE SERVICIOS ELECTRICOS LIMITADA (COLSEEELECTRO), cuyo objeto era reparar los transformadores de distribución a los precios pactados en el contrato.

“PRIMERA PETICION CONSECUCIONAL: Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la EMPRESA ANTIOQUEÑA DE ENERGIA S.A. a indemnizar a COLOMBIANA DE SERVICIOS ELECTRICOS LIMITADA (COLSEEELECTRO) la totalidad de los perjuicios que se le ocasionaron, de acuerdo con la relación que de ellos se hace en el capítulo de ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA, el cual para los efectos de interpretar la demanda debe considerarse parte integral de esta pretensión. Las sumas a que sea condenada la entidad contratante deberán ser pagadas actualizadas para compensar la desvalorización de la moneda, con fundamento en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE.

“SEGUNDA PETICION PRINCIPAL: Que se declare la nulidad de la Resolución 8680 del 8 de febrero de 1.996 por medio de la cual la EMPRESA ANTIOQUEÑA DE ENERGÍA S.A. dio por terminado anticipadamente el contrato suscrito con COLOMBIANA DE SERVICIOS ELECTRICOS LIMITADA (COLSEEELECTRO) e hizo efectiva una póliza de cumplimiento y de la resolución 8862 por medio de la cual resolvió el recurso de reposición, por los motivos que expondré en el capítulo correspondiente al concepto de la violación.

“SEGUNDA PETICION CONSECUCIONAL: Que se condene como consecuencia de la anterior declaración se condene (sic) a la EMPRESA ANTIOQUEÑA DE ENERGIA S.A. a indemnizar a COLOMBIANA DE SERVICIOS ELECTRICOS LIMITADA (COLSEEELECTRO) la totalidad de los perjuicios que se le ocasionaron, de acuerdo con la relación que de ellos se hace en el capítulo de ESTIMACION RAZONADA DE LA CUANTIA, el cual para los efectos de interpretar la demanda debe considerarse parte integral de esta pretensión.

“PETICION COMUN A AMBAS PETICIONES PRINCIPALES: Que como parte de los perjuicios ocasionados a COLOMBIANA DE SERVICIOS ELECTRICOS LIMITADA (COLSEEELECTRO), se condene a la EMPRESA ANTIOQUEÑA DE ENERGIA S.A. y a pagar las costas y agencias en derecho, por aplicación directa del artículo 90 de la Constitución Nacional que ordena al Estado la reparación de la totalidad de los daños antijurídicos que se le causen a los particulares.

Manifestó que entre la sociedad Colombiana de Servicios Eléctricos Ltda. y la Empresa Antioqueña de Energía S.A. se celebró el contrato No. 4044, del 14 de junio de 1995, para reparar los transformadores de distribución por el sistema de precios unitarios. El valor se pactó en \$30'000.000 y el plazo en 180 días, contados desde la fecha de recibo del anticipo.

En el contrato se dispuso que los transformadores que debían repararse se entregarían mediante actas parciales, y el contratista debía repararlos en un término no superior a 60 días contados desde la suscripción de la respectiva acta.

Señaló que el 21 de julio de 1995 recibió el anticipo -\$5'263.158- y que el 9 de agosto siguiente la entidad le entregó 15 transformadores, cuya reparación costó \$2'879.347 “los cuales fueron reintegrados en noviembre 1 de 1995.” –fl. 37, cdno. 1-. Agregó que la entidad no objetó la calidad de las reparaciones “ni impuso tampoco sanción de ninguna clase por la demora que se presentó en la devolución de los transformadores.” –fl. 37, cdno. 1-. Este tema solo se discutió en las resoluciones demandadas.

Precisó que EADE no cumplió el contrato, porque no le entregó todos los transformadores que debía reparar, teniendo en cuenta que solo le envió 15, así que

no ejecutó ni el 10% del valor del negocio. Por este hecho dejó de recibir \$27'000.000, durante los 6 meses del plazo de ejecución, situación que le provocó una grave situación económica y se vio sometido a procesos ejecutivos derivados del incumplimiento de sus obligaciones comerciales con terceros.

Manifestó que el 4 de octubre de 1995 el contratista presentó a EADE la siguiente solicitud de terminación o de suspensión del contrato: “Esta solicitud respetuosa se la formulo como quiera que al momento, nuestra compañía afronta complicadísimos problemas con quien fuera uno de sus socios lo que nos lleva a pensar, que en la actualidad pueden presentarse situaciones que pudiere afectar de manera grave el cumplimiento del contrato.” –fl. 38, cdno. 1-.

El 14 de noviembre de 1995, el contratista le escribió a la entidad retractándose de la anterior comunicación, e informando su intención de continuar la ejecución del contrato porque resolvió los problemas judiciales que anunció.

El 26 de enero de 1996, el contratista le insistió a la entidad que el plazo del contrato se vencería y no se pronunció sobre la continuidad del mismo. Asimismo, se refirió al saldo del anticipo pendiente de pago y a la inexistencia de imposibilidades financieras y técnicas para continuar con la ejecución del negocio jurídico.

EADE resolvió dichas comunicaciones el 7 de febrero de 1996 –cuando había vencido el plazo del contrato-, mediante un oficio en el que -a juicio del contratista- la entidad incurrió en una falsedad, al precisar que la demandante solicitó la terminación unilateral del contrato o su suspensión temporal, cuando sólo se trataba de una consulta. EADE también señaló que la sociedad demandante tenía un embargo en su contra, sin solucionarlo; sin embargo, agregó el demandante, éste no afectaba la ejecución del contrato, pues su cuantía era “insignificante” –fl. 39, cdno. 1-.

El 28 de febrero de 1996 EADE expidió la Resolución No. 8680, por medio de la cual declaró “la terminación anticipada del contrato No. 4.044 ‘por embargos judiciales que afectan de manera grave el cumplimiento del contrato’ ”, e hizo efectiva la garantía de anticipo de la Compañía Agrícola de Seguros S.A., por \$2'383.811. No obstante, incluyó otras razones relacionadas con presuntos incumplimientos del contratista. La sociedad demandante interpuso recurso de reposición, pero la entidad confirmó la decisión, mediante la Resolución No. 8862, del 7 de marzo de 1996.

En conclusión, el demandante descalificó los actos administrativos por falta de competencia y falsa motivación, porque: i) las cláusulas exorbitantes debían ejercerse durante el plazo convenido, no vencido este y; ii) porque el contratista solo presentó una consulta a EADE para establecer la procedencia de la terminación anticipada del contrato, pero la entidad la asumió como una solicitud con dicho fin; porque EADE le dio a los embargos una relevancia que no tenían; y porque se presenta al contratista como incumplido en sus obligaciones de entregar los transformadores y por no tener en funcionamiento los talleres de trabajo, cuando nada de esto es correcto.

2. Contestación de la demanda

La Empresa Antioqueña de Energía aceptó unos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones –fls. 55 y ss., cdno. 1-. Precisó que sí le entregó 15 transformadores a la demandante, y que cuando se los regresó aceptó 11 y rechazó 4, además de que debían reintegrarse después de 60 días, contados a partir a la respectiva acta de entrega –es decir, el 8 de octubre del mismo año- incurriendo, por tanto, en un atraso de 24 días. Además, la entidad sí formuló observaciones a la calidad de las reparaciones efectuadas y al tiempo que empleó la contratista para hacerlo, hechos que, junto con la solicitud fundamentada en la grave situación económica de la sociedad, motivó que EADE no entregara más transformadores.

Sostuvo que la demandante sí atravesó una difícil situación económica, que no se produjo como consecuencia de la falta de entrega de más transformadores. Además, la sociedad no podía ejecutar el contrato, porque uno de los procesos ejecutivos adelantados en su contra seguía en marcha, y de acuerdo con una visita practicada a sus instalaciones no se encontraron elementos ni material técnico para garantizar el cumplimiento del trabajo. Además, la contratista expresó su deseo de terminar el contrato, o por lo menos de suspenderlo temporalmente.

De otra parte, EADE tenía competencia temporal para declarar la terminación anticipada del contrato, así que el acto administrativo no adoleció de falsa motivación, porque las dificultades financieras del contratista fueron reales y evidentes, “padecidas por la parte demandante, no por la parte demandada ni provocadas por ella...” –fl. 63, cdno. 1-.

Formuló las siguientes excepciones: i) caducidad de la acción y; ii) inexistencia o falta de causa de las pretensiones demandadas, porque los hechos de la demanda daban

cuenta del incumplimiento del contratista y, por ende, “las circunstancias y hechos que dieron origen a la terminación fueron atribuibles única y exclusivamente a la demandante...” –fl. 63, cdno. 1-.

3. Alegatos de conclusión

3.1. Del demandante: Aseguró que la Empresa Antioqueña de Energía aprovechó las dificultades económicas afrontadas por el contratista para declarar la terminación unilateral del contrato. Asimismo, la entidad incumplió el negocio porque no le envió más transformadores para reparar.

En el mismo sentido, el acto administrativo de terminación no declaró el incumplimiento del demandante, pues tal imputación era insostenible, por ello se fundamentó en la existencia de embargos que afectaban gravemente la ejecución del contrato. Reiteró que en la fecha de terminación había vencido el plazo, en consecuencia EADE carecía de competencia para terminar el contrato.

3.2. De la Empresa Antioqueña de Energía S.A.: Señaló que el contratista no acreditó los hechos de la demanda, por el contrario, las pruebas aportadas dieron cuenta de su incumplimiento en el plazo de entrega de los transformadores reparados –porque debió entregarlos el 8 de octubre de 1995 y lo hizo el 1 de noviembre del mismo año- y de los embargos judiciales que soportó y lo condujeron a una difícil situación financiera, razones por las cuales la Empresa Antioqueña de Energía S.A. E.S.P., para evitar un perjuicio mayor, declaró la terminación unilateral del contrato.

De otra parte, criticó la carencia de conocimientos especializados de los peritos, y la falta absoluta de los parámetros en los que se debe basar un dictamen pericial.

3.3. Concepto del Ministerio Público: No intervino en esta etapa del proceso.

4. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones –fls. 358 y ss., cdno. ppal.-, porque la decisión administrativa se adoptó porque el objeto del contrato corría grave riesgo: i) se evidenció una crisis económica dentro de la sociedad contratista; ii) dos juzgados del circuito de Medellín ordenaron el embargo de sus cuentas; iii) tenía acreencias laborales con sus empleados; iv) incurrió en mora en la entrega de los

transformadores; y v) EADE hizo los seguimientos correspondientes para determinar hasta qué punto la situación del contratista era crítica.

De otra parte, como el contrato no se liquidó EADE tenía competencia para declarar su incumplimiento, y también para terminarlo. Estas razones apoyaron el rechazo de las pretensiones.

5. El recurso de apelación

El demandante impugnó la decisión, porque el tribunal únicamente solo valoró las pruebas desfavorables a sus pretensiones. Además, advirtió que si en las visitas que EADE hizo a las instalaciones de la sociedad no encontró personal laborando fue porque se mudó del sector, y de ello dio cuenta el testimonio de un funcionario de la misma empresa –el supervisor del contrato-.

De otra parte, sostuvo que no es cierto que EADE devolvió al contratista 4 transformadores en mal estado, lo que sucedió es que no podían repararse, porque “no tenían arreglo”.

Además, aceptó el incumplimiento en la entrega tardía de los transformadores –que se ocasionó por el cambio de instalación-, pero la entidad no reclamó esa mora durante la vigencia del contrato. Sostuvo que quien desconoció sus obligaciones fue EADE, porque no envió dichos bienes a reparación y solo permitió la ejecución del 9.59% del contrato.

Insistió en que al momento del vencimiento del plazo no tenía obligaciones pendientes con la entidad, y que tampoco se afectó gravemente el cumplimiento del contrato, además de que no se le dio la oportunidad de demostrar que tenía capacidad para continuar la ejecución. Asimismo, precisó que la sentencia citada por el tribunal para fundamentar su decisión nada tenía que ver con el problema jurídico, porque en el caso concreto no había obligaciones pendientes y tampoco se trató de la declaratoria de caducidad de la acción. Finalmente, reiteró que se acceda a sus pretensiones.

6. Alegatos en el trámite del recurso

6.1. El demandante y el demandando: No alegaron de conclusión.

6.2. *El Ministerio Público*: Señaló que en el contrato no se acordó cuántos transformadores se repararían, porque se pactó en precios unitarios, razón por la que EADE no incumplió el contrato, por tanto debe desestimarse esta pretensión, y su consecuente indemnización.

En cuanto al cargo de incompetencia, también debe desestimarse porque la entidad declaró la terminación unilateral antes de liquidarse el contrato.

En cambio, en cuanto a la falsa motivación, encontró que el contratista, aunque incumplió el plazo de entrega de los transformadores, y conforme a las visitas a sus instalaciones, cumplió la labor encomendada y no existía riesgo de paralización del contrato. Además, los oficios de embargos de los juzgados fueron recibidos el 12 de septiembre de 1995, apenas un mes después de que se entregaron los elementos para su reparación, es decir, no existió el grave peligro de paralización, porque aún no se excedía el plazo de 60 días previsto en la cláusula sexta de contrato.

Por lo expuesto, solicitó acceder a la nulidad de los actos administrativos, pero no a la pretensión resarcitoria, porque no hubo daño, pues el contrato estaba vencido cuando EADE lo terminó unilateralmente.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos que resolverá la Sala, en los términos planteados en el recurso de apelación –armonizados con las pretensiones de la demanda-, se reconducen a tres declaraciones: i) que EADE incumplió el contrato No. 4044 de 1995; ii) que se anulen las resoluciones que lo terminaron unilateralmente; y iii) que se condene a EADE a pagar los perjuicios causados al demandante.

Advierte la Sala que revocará la sentencia apelada, para lo cual analizará los siguientes temas: i) la competencia para conocer de la apelación, ii) lo probado en el proceso, iii) algunas consideraciones sobre las potestades exorbitantes en la Ley 80 de 1993 y sobre los contratos donde se pueden incluir, iv) el factor temporal como criterio de competencia para ejercer los siguientes poderes exorbitantes: *caducidad, cláusula penal, multas y terminación unilateral* –frente a la última se analizará: a) el plazo, como límite para ejercer el poder exorbitante de terminación unilateral y b) el plazo, la vigencia del contrato y la terminación unilateral-; y finalmente se resolverá v) el caso concreto, donde se examinará: a) la nulidad de las resoluciones que terminaron

unilateralmente el contrato -1) la nulidad absoluta de la cláusula exorbitante de terminación unilateral y 2) la falta de competencia temporal para declarar la terminación unilateral- y b) la pretensión de incumplimiento del contrato.

1. Competencia del Consejo de Estado

Conforme al artículo 129 del Código Contencioso Administrativo², en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 del Consejo de Estado -modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las controversias de naturaleza contractual.

En el asunto que nos ocupa, el demandante presentó la acción contractual contra la Empresa Antioqueña de Energía, pretendiendo la nulidad de los actos administrativos que declararon la terminación unilateral del contrato y el incumplimiento de la entidad, y cuando presentó la demanda -10 de julio de 1996- para que un proceso fuera de doble instancia la cuantía debía exceder de \$13'460.000, y en el caso concreto la pretensión mayor era de \$27'120.653.

2. Lo probado en el proceso

Para orientar el alcance de la controversia se hará un recuento de las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, en particular las relevantes para justificar el sentido de la decisión que se adoptará.

a) Entre la Empresa Antioqueña de Energía S.A. y la Sociedad Colombiana de Servicios Eléctricos Ltda. se suscribió, el 14 de junio de 1995, un contrato para la reparación de los transformadores de distribución de energía eléctrica.

Se acordó que el valor sería “hasta por la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS M.L. (\$30'000.000.00)...” –fl. 67, cdno. 1-; que el contrato tendría una duración de 180 días solares, contados a partir de la fecha de recibo del anticipo; que los

² “Artículo 129.- El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (...).”

transformadores se entregarían mediante actas parciales al contratista; y éste debía repararlos en un término no superior a 60 días solares, contados a partir de la fecha de suscripción de la respectiva acta de entrega.

En la cláusula décima cuarta se estableció la facultad de terminación unilateral, en favor de EADE.

b) El anterior contrato se rigió por la Ley 80 de 1993, pese a que se trata de una empresa de servicios públicos domiciliarios, en principio excluida de este régimen contractual –art. 31, Ley 142 de 1994-, pero es claro que el encabezado del contrato así lo dispuso, definición que perfectamente se explica porque el régimen contractual especial de esta clase de empresas regía a partir del momento en que se transformaran en *Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios*, en los términos que exigía el art. 182 de la Ley 142 de 1994³, plazo de dos años que estaba corriendo para EADE cuando suscribió el contrato *sub iudice*.

c) EADE le remitió al contratista 15 transformadores para su reparación.

d) El 4 de octubre de 1995, estando en ejecución el contrato, el demandante le solicitó a EADE estudiar la posibilidad de terminarlo o de suspenderlo: "... como quiera que al momento nuestra compañía afronta complicadísimos problemas con quien fuera uno de sus socios..." –fls. 15 y 16, cdno. 1-.

e) El 14 de noviembre de 1995, nuevamente el contratista se dirigió a la entidad pública precisando que los problemas con sus acreedores estaban resueltos y que de ello daba cuenta un oficio mediante el cual se decretó la terminación definitiva de uno de los procesos ejecutivos, y solicitó la continuidad de contrato.

f) El 26 de enero de 1996, a 4 días del vencimiento del plazo, el contratista envió una comunicación a la Empresa Antioqueña de Energía porque hasta esa fecha no le resolvían sobre la continuidad o no del contrato, aun cuando la sociedad le hizo llegar

³ "Art. 180. Transformación de empresas existentes. Las entidades descentralizadas que estuvieren prestando los servicios a los que esta Ley se refiere, se transformarán de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 de esta Ley, en un plazo de dos años a partir de su vigencia.

"Cuando se transforme una entidad descentralizada existente en una empresa de servicios públicos, en el acto que así lo disponga se preverán todas las operaciones indispensables para garantizar la continuidad del servicio así como para regular la asunción por la nueva empresa en los derechos y obligaciones de la entidad transformada. No se requerirá para ello pago de impuesto alguno por los actos y contratos necesarios para la transformación, o por su registro o protocolización."

los documentos que acreditaban el levantamiento del embargo por parte del Juzgado 9 Civil del Circuito de Medellín. En esa oportunidad el contratista manifestó que: “La propuesta apunta a que tenga la gentileza de analizar la posibilidad de establecer una prórroga en el contrato por un tiempo semejante al inicialmente pactado. Considero ello lo más sano por cuanto le mencioné al principio estamos en plena capacidad para atender este compromiso.” –fls. 18 y 19, cdno. 1-.

g) El 7 de febrero de 1996, la Empresa Antioqueña de Energía contestó señalando que la sociedad no había solucionado todos sus problemas económicos: “... ante el Juzgado Diecinueve Civil Municipal se adelanta el proceso ejecutivo radicado bajo el número 14.057 de Química Bremen Ltda. contra Colseelectro Ltda., en el cual también se libró mandamiento de pago y consecuente comunicación de embargo en contra de la sociedad que usted gerencia, obligación que aún no ha sido solucionada.” –fl. 20, cdno. 1-.

h) El 8 de febrero de 1996 EADE, mediante la Resolución No. 008680 –fls. 5 a 7, cdno. 1-, declaró la terminación del contrato No. 4044 de 1995, e hizo efectivo el amparo de anticipo, aduciendo tres (3) razones: *i)* Que el 11 de septiembre de 1995, el Juzgado 19 Civil Municipal de Medellín “decretó el embargo de los dineros que la empresa le adeude a la demandada hasta la suma de tres millones trescientos sesenta y siete mil doscientos setenta y dos pesos...” –fl. 5, cdno. 1-.

ii) Que el 4 de octubre de 1995 la sociedad demandante solicitó que se declarara la terminación unilateral del contrato o en subsidio una suspensión del mismo, porque la compañía afrontaba complicadísimos problemas con quien fuera uno de sus socios, de allí que podían presentarse situaciones que afectaran gravemente el cumplimiento del contrato.

iii) Que según informe consignado en la comunicación No. 174912, del 18 de enero de 1996, de la División de Interventoría y Control de Calidad de las Empresas, las instalaciones de la contratista estaban desocupadas, y allí solo se encontraban trabajando una secretaria y un celador, sin personal técnico para la reparación de los transformadores.

En todo caso, en la parte resolutive del acto administrativo EADE declaró la “... terminación anticipada del contrato... por embargos judiciales que afectan de manera grave el cumplimiento...”; no obstante, en la parte motivo hizo referencia a este aspecto

pero también a la solicitud de terminación y a la falta de personal en la instalaciones del contratista.

i) El contratista interpuso recurso de reposición, y mediante la Resolución No. 008862, del 7 de marzo de 1996 –fls. 8 a 13, cdno. 1-, EADE confirmó la decisión, por las siguientes razones: i) La comunicación del 4 de octubre de 1995 no era una consulta formulada por el contratista a EADE –sobre la posibilidad de terminar o de suspender el contrato- sino una petición directa, porque manifestó: “Si existe dentro del procedimiento contractual una parte a través de la cual podemos invocar una terminación unilateral o en subsidio una suspensión temporal del mismo. Esta solicitud respetuosa se la formulo como quiera que al momento, nuestra compañía afronta complicadísimos problemas con quien fuere uno de sus socios lo que nos lleva a pensar que en la actualidad pueden presentarse situaciones que pudiere afectar de manera grave el cumplimiento del contrato...”.

ii) Reiteró que habían dos embargos, ordenados por los Juzgados 19 Civil Municipal de Medellín y 9 Civil del Circuito de la misma ciudad, por las sumas de \$3'367.272 y \$18'000.000, respectivamente, que permitían entender que la anterior comunicación no era una consulta sino una solicitud concreta.

iii) Expresó que la entidad podía terminar el contrato aunque estuviera vencido su plazo, porque la jurisprudencia lo permitía, pero confusamente EADE apoyó esta conclusión en la capacidad de declarar la *caducidad* del contrato, cuando esa no fue la decisión adoptada en la resolución recurrida.

iv) Finalmente, manifestó que no aceptaba las razones expresadas por el recurrente para justificar la ausencia de trabajadores en las instalaciones de la empresa.

3. Potestades exorbitantes de la Ley 80 de 1993 y contratos donde se pueden incluir.

Sobre las potestades o cláusulas excepcionales, también denominadas exorbitantes, ha manifestado esta Sección que se trata de poderes públicos conferidos por la ley o autorizadas por ella, en atención a los cuales el Estado adquiere la facultad de dirigir la ejecución de los contratos, con miras a que prevalezca el interés general que subyace en el negocio público, en determinadas situaciones materiales, pues en caso de no

intervenir se podría afectar la ejecución normal del mismo, e incluso conducir a la paralización de un servicio público.

Se trata, por tanto, de un conjunto de poderes de intervención unilateral del contratante sobre el contrato, potestad de la cual no pueden hacer uso los contratistas – particulares-, porque tratándose de la Ley 80 no se contemplan estas prerrogativas en favor suyo.

No obstante, no todos los contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993 incorporan estas cláusulas. En realidad sólo es posible en seis (6), de los cuales cuatro obligatoriamente deben incluirlas, y en caso de que no lo hagan se entienden pactadas. La doctrina, en esta circunstancia específica, las denomina *cláusulas virtuales*. Esos contratos, según el numeral segundo del art. 14 de la ley 80, son:

“2o. 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**. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

(...)

“En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.”
(Negrillas fuera de texto)

En otros dos (2) contratos la ley admite la posibilidad de pactar estas cláusulas, de manera que en esta hipótesis si no se pactan no se entienden incluidas en el convenio, luego su estipulación no es virtual sino expresa. El fundamento normativo de esta circunstancia está en el inciso segundo, del numeral segundo, del art. 14 de la Ley 80, según el cual: “Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.”

Del mismo modo, el artículo 14 establece que en otro grupo de contratos no se pueden pactar las cláusulas excepcionales, por razones que varían de un contrato a otro, pero que tienen en común el hecho de que el legislador prohíbe que el régimen de la exorbitancia opere en ellos. El párrafo de esta norma dispone:

“PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; **en los**

interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.” (Negrillas fuera de texto)

Finalmente, existe un grupo o conjunto de contratos que no pertenece a ninguno de los tres relacionados. Se trata de cualquier otro negocio jurídico, es decir, de los no enunciados hasta ahora –por ejemplo: interventoría, compraventa, permuta, etc.- sobre los cuales surgió la duda, entre los operadores jurídicos, acerca de si era posible pactar en ellos las cláusulas exorbitantes, fundado en el principio de la autonomía de la voluntad, que también rige en materia contractual, en virtud de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80.

El Consejo de Estado resolvió esta inquietud en la sentencia de noviembre 30 de 2006 –Sección Tercera, exp. 30.832- la cual consideró que los poderes excepcionales sólo se pueden pactar y ejercer en los contratos autorizados por la ley; si ella no lo hace entonces las partes no pueden convenirlos, porque necesitan cobertura legal.

“6.2. Las cláusulas exorbitantes en la ley 80 de 1993. En particular, su pacto e imposición en contratos para los cuales no existe autorización de la ley.

“Según se anotó en los antecedentes del proceso, el municipio declaró la caducidad del contrato celebrado con la sociedad Asesoramos SCA., poder exorbitante que fue pactado en la cláusula quinta del contrato.

“Advierte la Sala que, en vigencia de la ley 80 de 1993, norma bajo la cual se suscribió el presente contrato, existen tres grupos de contratos en torno a los cuales el régimen de dichos poderes exorbitantes es diferente.

“En el *primer grupo* se encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas; –son las denominadas “cláusulas virtuales”-. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el de obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal⁴.

⁴ Al respecto dice el numeral 2 del artículo 14 de la ley 80: “2. 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.** En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.” (Negrillas fuera de texto)

“Al *segundo grupo* pertenecen los contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula. A este grupo pertenecen, según el párrafo del art. 14 de la ley 80 “... los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales...”

“El *tercer grupo* lo integran los contratos en los cuales la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, de manera que la falta de estipulación significa que los poderes exorbitantes no existen. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro⁵.

“Es importante señalar, en relación con éste último grupo, aunque resulta obvio, que el acuerdo correspondiente sólo puede favorecer a las entidades estatales, es decir, que no es posible pactar tales poderes en favor del contratista.

“Esta última hipótesis hace evidente una característica especial de los poderes exorbitantes que en ella se contienen; en efecto, sólo en estos dos tipos de contratos la ley autoriza a las partes del contrato a negociar la inclusión de los mismos, de manera que su existencia no deviene, en forma “inmediata”, de la ley, como ocurre con el primer grupo de contratos, sino de manera “mediata”, porque si las partes no llegan a un acuerdo sobre la inclusión de dichos poderes, la ley no suple el vacío, y, por consiguiente, los mismos no existirán en el caso concreto.

“Esta posibilidad abre un espacio al principio de la autonomía de la voluntad, en un tema donde la tradición administrativa había entendido que exclusivamente la ley, no las partes del contrato, podía disponer la inclusión de las cláusulas exorbitantes, sin perjuicio de que el origen de las potestades propias de tales cláusulas provenga siempre de la ley, en unos casos, porque las impone y, en otras, porque simplemente la autoriza.

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

“Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen

⁵ Dice el numeral 2 del artículo 14 que “Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.”

a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones:

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

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

Resumiendo las ideas expresadas, lo anterior significa que en materia contractual la administración tiene la dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, función que desarrolla, entre otras formas, a través de las cláusulas exorbitantes, caracterizadas por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que, precisamente, al aplicarse quebrantan la igualdad y conmutatividad propias del acuerdo de voluntades.

En este orden de ideas, con la Ley 80 de 1993 su existencia opera tanto *ex lege* como *ex contractu*, dependiendo del acuerdo que se trate. Que estos poderes operan *ex lege* significa que se integran a los contratos aun cuando no se pacten, porque la norma los incorpora directamente en algunos negocios, concretamente los que tienen por objeto: el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, y los contratos de obra. En estos casos la norma es impositiva, al advertir que para el efectivo cumplimiento de los fines de la contratación las entidades “pactarán” estos poderes; no obstante, si no se estipulan el inciso tercero del mismo numeral señala que se entienden pactadas aunque no se consignen expresamente.

Sin embargo, estas cláusulas también pueden ser *ex contractu*, es decir que sólo harán parte del negocio por voluntad expresa de las partes, aunque la ley sólo establece tal posibilidad en dos tipos de contratos: suministro y prestación de servicios.

4. Incidencia del factor temporal en la competencia para ejercer los poderes exorbitantes.

Uno de los cargos propuestos por el demandante cuestiona la oportunidad con que actuó EADE para terminar unilateralmente el contrato, así que la Sala debe estudiar este aspecto para decidir una de las dos pretensiones principales del caso concreto.

Al respecto, se recuerda que existe abundante jurisprudencia sobre la competencia temporal para imponer algunas sanciones a los contratistas, o para ejercer poderes exorbitantes, sin embargo no existen providencias que resuelvan todos los supuestos, veamos los que tienen definiciones:

4.1. Competencia temporal para imponer la *caducidad*

Tratándose de la ***caducidad***, el Consejo de Estado ha discurrido con suficiencia, pero sólo desde la óptica del límite temporal definitivo para su ejercicio, o sea, desde cuándo y hasta cuándo la administración puede hacer uso de ella. Luego de infinidad de debates la Sala Plena de la Sección Tercera profirió una sentencia de unificación jurisprudencial⁶, en virtud de la cual sólo durante el plazo del contrato se puede imponer esta sanción, de manera que tan pronto vence, aunque siga en ejecución, no es posible hacerlo.

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

14.9 De tal forma, al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que *“la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista...”* y conjure, de esta forma, la amenaza que

⁶ Sentencia del 12 de julio de 2012, exp. 15.024.

se cierce sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado.

14.10 Como argumento final, el bien jurídico que se ampara, esto es, la ejecución del objeto contratado, no se puede proteger mediante la declaratoria de caducidad cuando el plazo para la ejecución del contrato – pactado originariamente en el contrato o en la adición u otrosí que para el respecto se suscriba– haya expirado. Si bien es cierto que en ocasiones el contratista ejecuta obras pactadas después de expirado el plazo, incluso con la aquiescencia de la entidad, tal comportamiento no genera jurídicamente extensión alguna del plazo de ejecución, puesto que un contrato que es solemne por prescripción legal⁷ –como el contrato estatal y dentro de este, por supuesto, la cláusula que establece el plazo de ejecución–, solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario, dado que la convención modificatoria está tomando el lugar del contrato originario y la solemnidad que se predica legalmente de éste, se exige para reconocer existencia, validez y eficacia a la convención que lo modifica⁸.”

Interesa destacar de esta sentencia que, indiscutiblemente, durante el plazo de ejecución es posible declarar la caducidad, pues nadie lo debate o niega; de hecho la discusión sólo radicó en la posibilidad de hacerlo fuera del término, nunca dentro de él.

En este sentido, la anterior tesis tuvo una precisión importante. En la sentencia del 24 de octubre de 2013 –exp. 24.697- la Subsección C analizó la temporalidad para imponer la caducidad durante la ejecución del contrato, y expresó –cita que se hace *in extenso* por su importancia-: “Sin embargo, el debate que introducen las partes del proceso *sub iudice* constituye una variante del anterior, porque si bien, se refiere a la competencia temporal para sancionar, en este caso la problemática no gira alrededor de la vigencia o no del contrato –en el caso concreto está claro que estaba vigente- sino a la oportunidad, al interior del plazo del contrato, para declarar el incumplimiento que configura la *caducidad*. En otras palabras: se trata de establecer, una vez se ha

⁷ “Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. (...)” “Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”

⁸ El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla al señalar que: “[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, de suerte que el consentimiento mutuo para modificar o adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales, por ende a las solemnidades, que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente n.º 15596, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

configurado el incumplimiento del contratista, desde cuándo y hasta cuándo se puede declarar la *caducidad*, bajo el supuesto que el plazo está vigente.

“El *consorcio* sostiene que la administración puede hacerlo pero sólo mientras el contratista se encuentre en situación de incumplimiento, de manera que si finalmente cumple la obligación, aunque tarde, la entidad ya no puede imponerle la sanción. El *Departamento de Córdoba*, en cambio, considera que una vez se incumple el contrato la entidad puede imponer la sanción, aunque el contratista se ponga a paz y salvo en sus obligaciones. El *Ministerio Público* comparte el criterio de la demandada, porque justificó la legalidad de la actuación aduciendo que está demostrado que el consorcio incumplió de manera grave una obligación, y eso es lo determinante para ejercer este poder exorbitante.

“En este escenario, la Sala empieza por advertir que la Ley 80 de 1993 no contempla un límite temporal que restrinja a la administración -por este exclusivo factor- para ejercer el poder exorbitante de declaración de caducidad. De hecho, la jurisprudencia sí estableció un límite, pero solo para indicar que no procede con posterioridad al vencimiento del *plazo del contrato* -aunque el negocio jurídico siga en ejecución-, pero no restringió su ejercicio al interior del plazo que corre, salvo -claro está- por otros aspectos o requisitos que exige la norma para su ejercicio: que el incumplimiento de las obligaciones sea grave y paralice el servicio o amenace con hacerlo.

“En estos términos, no cabe introducir más limitaciones o requisitos para ejercer esta exorbitancia que los establecidos por ley, sin perjuicio -claro está- que el juez pueda y deba controlar esa decisión, con todas las técnicas y criterios que tiene a su alcance: desviación de poder, falsa motivación, expedición en forma irregular, violación al derecho de defensa, entre otros factores de control al poder público.

“Lo expresado significa que no cabe deducir o inferir, *a priori* -como lo hace la parte demandante-, que al interior del plazo del contrato la administración pierda la competencia para declarar la caducidad -y siempre y cuando concurren los demás requisitos que exige el art. 18 de la Ley 80 de 1993-, porque esa limitación no existe en la norma, ni se infiere de ella. Por tanto, si se alega -como lo hace la parte actora- que el ejercicio de este poder fue inoportuno, no será porque objetiva y positivamente la norma exija que la declaración se profiera *sólo mientras se esté incumpliendo el contrato*, pues tal requisito carece de apoyo normativo.

(...)

“No obstante, la Sala precisa que esto tampoco significa que la administración esté autorizada para actuar arbitrariamente en relación con la caducidad, durante el plazo del contrato, porque de hacerlo sus actos serán nulos, sólo que esta valoración sólo puede hacerse en cada caso concreto, a la luz de los hechos, las circunstancias y el comportamiento de las partes; así que será el juez quien pondere cada circunstancia para precisar si la declaración de caducidad, aún dentro del plazo del contrato –que en principio es tiempo oportuno para hacerlo- se ejerció correctamente. Esto también significa que no existe un vicio predeterminado y nominado como ‘incompetencia temporal por declaración de caducidad con posterioridad al incumplimiento’, pues tal fenómeno no tiene apoyo normativo.

“De lo expresado se infiere, a manera de regla general, que mientras esté vigente el plazo del contrato la administración tiene competencia temporal para declarar la caducidad, siempre que concurren los demás requisitos que exige el art. 18 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, de aquí tampoco se deduce, necesariamente, que por el factor temporal cualquier declaración de caducidad que se expida en esa época se ajusta por sí misma a la ley; no, bien puede violarla, pero siempre que a ella se sume que la decisión no cumpla los demás requisitos legales, o cumpliéndose la administración actúa con falsa motivación, desviación de poder u otro vicio propio de las actuaciones administrativas.

“De esta manera, el vicio por el factor temporal de la declaración de caducidad, mientras corre el plazo del contrato, sólo surgirá cuando además de no coincidir en el tiempo la sanción con el incumplimiento grave, se acredita que otro vicio del acto acompaña esa extemporaneidad, pero sobre todo cuando la declaración de caducidad, por fuera de tiempo, se produjo con el fin de perseguir arbitrariamente al contratista, como revancha inesperada contra otras actuaciones suyas, a manera de persecución o retaliación pero no al incumplimiento verdadero sino a otra circunstancia mal sana que mueve a la administración, y que encuentra en las mora perdonada una forma de combatir un sentimiento presente derivado de una circunstancia personal o contractual que ya no tiene la misma envergadura de la que en el pasado justificaba la sanción de caducidad.

“En estos términos -se insiste-, no es admisible la siguiente tesis general que propone el contratista: *la administración sólo puede declarar la caducidad del contrato dentro del plazo de ejecución, y mientras el contratista se encuentre en estado de incumplimiento; si supera esa situación desaparece el poder exorbitante*. Semejante

idea es inadmisibles, porque la tesis no solo carece de respaldo normativo sino también lógico y de coherencia administrativa, toda vez que de admitirse se facultaría al contratista para *manipular y jugar* con la potestad sancionatoria de la administración, de manera irresponsable y además injustificada para la seguridad jurídica que también protege a la administración, porque bastará que le inicien un proceso sancionatorio para que previamente o incluso durante él ‘se ponga al día’, con el propósito declarado de burlar la sanción que tiene merecida.

“Semejante autorización para la mofa no existe en la ley, ni sería tolerable, porque aceptarlo judicialmente autorizaría al contratista a jugar con el interés general y el bien común, consintiendo que manipule su incumplimiento hasta los límites, ya que puede ponerse al día en sus obligaciones cuando le parezca necesario para inhibir el poder sancionatorio iniciado, y que ya merece padecer.

“Esta tesis sólo tiene una salvedad posible -ni siquiera necesaria u obligada- tratándose de *sanciones* de todo tipo, y esto en vigencia de la Ley 1150 –que además no rige para el caso concreto-, puesto que el literal d) del art. 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que ‘La entidad **podrá** dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento’⁹ –negritas fuera de texto-, lo que significa que la administración puede

⁹ “Art. 86. *Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento*. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

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

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

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

imponer la sanción o perdonarla, pero el contratista no tiene el derecho a exigir lo último, por el hecho de ponerse al día en las obligaciones, pues se trata de una *potestad* para la administración y no de un derecho de aquél.”

4.2. Competencia temporal para imponer la *cláusula penal*

La Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar por fuera del plazo el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la *cláusula penal pecuniaria*. Sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que el término no limita la competencia sancionatoria. En este sentido expresó la Subsección C de la Sección Tercera –sentencia del 25 de mayo de 2011, exp. 18.017-, providencia que reitera la posición histórica de la Sala –incluso se citan dos providencias que hacen la línea jurisprudencial- que:

“5. Competencia temporal de la entidad estatal para declarar el incumplimiento del contrato, y hacer efectivas la cláusula penal pecuniaria.

“Definido el anterior problema, se debe considerar ahora si era posible declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, vencido su plazo, teniendo en cuenta que BENEDAN impuso la sanción dos semanas después de vencido el término del contrato –resolución No. 392-, decisión confirmada cuatro meses después –resolución No. 811-.

“La Sala recuerda que en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 –aplicable al contrato *sub iudice*- la jurisprudencia admitió que la administración podía declarar el incumplimiento -no la caducidad- de los contratos de tracto sucesivo, después de vencido el plazo de ejecución, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso antes de efectuarse la liquidación del contrato, tal como se desprende del siguiente pronunciamiento, que recoge una línea jurisprudencial ininterrumpida hasta hoy:

“ ‘Ha dicho la jurisprudencia que los poderes exorbitantes que tiene la entidad pública contratante sólo pueden ejercerse dentro de la vigencia del contrato. Así podrá terminarlo unilateralmente, declararlo caducado por incumplimiento o por las demás causales

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

permitidas en la ley, modificarlo o interpretarlo unilateralmente, imponer multas o sanciones o liquidarlo motu proprio, etc., etc.
(...)

“ ‘Para la Sala, la doctrina expuesta merece ratificación parcial, pero con algunas precisiones en torno a la declaratoria de incumplimiento, la que, en ciertas circunstancias, sí podrá hacerse por la Administración contratante después del vencimiento del término del contrato.”
(...)

“ ‘¿Pero qué sucede cuando el contratista incumple y la administración guarda silencio durante la vigencia del mismo?

“ ‘Con la tesis anterior, nada podía hacer; y tenía que someterse a la Administración que cumplió o se allanó a cumplir, a la decisión del Juez del contrato.

“ ‘Pues bien. Aquí se rectifica la tesis con el siguiente alcance: En los contratos de obra pública, de suministro o prestación de servicios, por ejemplo, en los cuales la nota de tracto sucesivo se ve clara, la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

“ ‘El fundamento de esta facultad se encuentra en el mandato contenido en el inciso 1º del artículo 72 del Decreto 222 de 1983, idéntico a la previsión contemplada en el mismo inciso del artículo 61 del Decreto 150 de 1976.
(...)

“ ‘Pues bien. La doctrina venía tomando este texto en forma recortada. Aceptaba que con la declaratoria de caducidad pudieran hacerse efectivas dicha cláusula y las multas, pero no aceptaba que esas medidas pudieran hacerse efectivas cuando la Administración no hiciera el pronunciamiento de caducidad durante el plazo contractual o lo produjera después de su vencimiento y menos que pudiera hacer, vencido el contrato, una declaración de incumplimiento para tales efectos.

“ ‘Con esta interpretación se estaba recortando evidentemente el poder de la Administración contratante; porque si bien ésta no puede caducar lo ya terminado, nada impide que se pronuncie sobre el incumplimiento del contratista, cuando precisamente el vencimiento del plazo pone en evidencia que ya el contrato no se puede ejecutar en su integridad. En otros términos, cuando el vencimiento del plazo, per se, muestra que hubo un incumplimiento en determinado porcentaje.

“ ‘Y todo se debió a una mala interpretación de la ley y como si ésta sólo permitiera la declaración de incumplimiento para efectos de multas, o de caducidad. Ese artículo 72 va más allá y permite ese pronunciamiento con otro fin diferente: El poder hacer efectiva

la cláusula penal pecuniaria. En otros términos, ese artículo 72 permite que se haga efectiva la cláusula penal no sólo en el evento de la caducidad sino también en el caso de incumplimiento; incumplimiento que debe ser expresamente declarado por la administración.

(...)

“ ‘Pero este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer.

“ ‘En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento 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.¹⁰

“De acuerdo con lo anterior -y conforme a la legislación y a la jurisprudencia vigente en la época en que ocurrieron los hechos-, la Sala considera que BENEDAN sí podía declarar el incumplimiento del mismo, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de allí que actuó con competencia para adoptar la decisión.

“Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el contrato. Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley 1.150 de 2007; menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983 y algunas normas especiales que regulan el juego del chance –como en el caso concreto-.

“ ‘En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato..., lo procedente, actualmente, como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento. Esta solución tiene precedentes en nuestra legislación, pues en vigencia del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 72 y 73), si el plazo se vencía y se advertía el incumplimiento del contrato, la Administración, mediante acto administrativo

¹⁰ Sentencia de 29 de enero de 1.988, Exp. 3.615. MP. Carlos Betancur Jaramillo

motivado, podía declararlo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria...”
(...)

“ ‘En esos eventos, luego de terminado el plazo de ejecución, la Administración, como se dijo, podrá declarar el incumplimiento del contrato (según se establecía expresamente en el artículo 62 del Decreto ley 222 de 1983 y actualmente en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007), para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento y la cláusula penal si trata de obtener anticipada y previamente a la instancia judicial el resarcimiento de los perjuicios que la infracción del contrato le generó, pero ya le habrá fenecido la facultad excepcional de imponer la sanción de caducidad al contratista.’¹¹

“Por las razones expuestas, la causal de nulidad asociada al factor temporal tampoco tiene vocación de prosperar, teniendo en cuenta que para la fecha en que se expidió la primera decisión sólo habían transcurrido dos semanas desde la terminación del contrato, es decir, que el plazo para liquidarlo no había vencido. Incluso, cuando se resolvieron los recursos de reposición tampoco habían transcurrido los cuatro meses con que contaban las partes para realizar la liquidación bilateral –a falta de haberse pactado un término especial- más los dos meses que la jurisprudencia otorgaba a la administración para hacerlo unilateralmente, de allí que la decisión se profirió en tiempo oportuno.”

En los términos indicados, en vigencia de todos los estatutos contractuales, incluidas las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la potestad sancionatoria de declarar el incumplimiento para cobrar la cláusula penal se puede ejercer durante el plazo del contrato e incluso con posterioridad a su vencimiento.

4.3. Competencia temporal para imponer *multas*

En vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 la Sección Tercera sostuvo frente a las multas la misma tesis expresada en relación con la caducidad, es decir, que la administración podía imponerlas pero sólo mientras estuviera vigente el contrato; vencido éste desaparecía el poder exorbitante.

No obstante, en vigencia de la Ley 1150 de 2007 cambió de sentido este mismo problema –competencia temporal- en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, esta vez no por una variación introducida por la jurisprudencia a sus propias tesis, sino porque la Ley 1150 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se conserva “*mientras esté pendiente la ejecución*” del

¹¹ Sentencia de 20 de noviembre de 2008. Exp. 17.031. CP. Ruth Stella Correa.

contrato, así es que de ninguna manera quedó limitado a que se haga sólo “*durante el plazo*” del contrato. En este sentido, el inciso primero del art. 17 de esta ley expresa categóricamente: “... Esta decisión... procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista...”¹²

Recientemente la Sala conoció un caso que ofrecía la problemática del límite temporal para imponer, al interior del contrato, la sanción de *multa* por el incumplimiento del contratista. Esta Subsección, en auto del 27 de febrero de 2013, exp. 45.316, consideró que si entre la ocurrencia de los hechos y la imposición de la sanción trascurrieron más de tres (3) años, entonces se configuraba la caducidad de la sanción, que regula el art. 38 del Decreto 01 de 1984.

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

(...)

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

(...)

¹² El texto completo de esta norma dispone: “Art. 17. *Del derecho al debido proceso.* El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

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

(...)”

“Así las cosas, teniendo en cuenta que el 16 de mayo de 2007 se suscribió acta de inicio de ejecución del contrato, que según Oficio PM-IN-1194-2010, Radicado 2010-409-030762 la interventoría Consorcio PM Interventoras, la caseta de peaje “el placer” había sido entregada desde el 16 de enero de 2008 y que las obligaciones a cargo del contratista debían cumplirse dentro de los tres (3) meses después a la entrega de la caseta¹³, el contratista incurrió en incumplimiento de su obligación desde el 16 de abril de 2008.

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

“De lo expuesto se concluye, que sin necesidad de realizar un estudio de fondo que implique efectuar un ejercicio interpretativo minucioso o mayores valoraciones probatorias, para la Sala es claro que del sólo análisis objetivo de las fechas en las cuales el contratista incurrió en incumplimiento de sus obligaciones y de las que fueron expedidos y notificados los actos administrativos por medio de los cuales se impuso multa con ocasión de los mismos, se vislumbra a todas luces una vulneración evidente, notoria o palmaria, de los términos previstos en la norma superior cuya transgresión se alega.

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

(...)

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

Lo anterior significa que el reproche de legalidad que adelantó la jurisdicción en el caso citado se basó en que la imposición de la sanción se hizo por fuera del término de tres

¹³ conforme lo estipulado en el Apéndice B1, numeral 1.2, conforme al cual el contratista en un plazo máximo de tres (3) meses calendario contados a partir de la fecha del acta de entrega debía realizar las adecuaciones respectivas sobre la caseta de peaje que le fue entregada, *“razón por la cual tenía plazo hasta el 16 de abril de 2008 para terminar las adecuaciones a que se comprometió”* (folio 90 del c1),

(3) años con que disponía para hacerlo –art. 38 del CCA.-, contado desde el momento en que sucedieron los hechos que daban lugar a imponer la sanción, así que no existiendo limitación especial en la Ley 80 para el ejercicio de ese poder, la restricción se estableció aplicando el procedimiento administrativo general.

4.4. Competencia temporal para declarar la *terminación unilateral*

Por oposición a los poderes exorbitantes anteriores, sobre los cuales existe bastante jurisprudencia que analiza la temporalidad para su ejercicio, la terminación unilateral carece de jurisprudencia que analice este mismo tópico. No obstante, en el caso concreto es uno de los dos problemas de validez que propone el demandante, de ahí la necesidad de analizar su régimen.

a) Consideraciones previas acerca del plazo

Es necesario plantear algunos aspectos a la luz de la teoría general de los contratos, sobre las implicaciones que tiene el término o el plazo en el cumplimiento de las obligaciones, en la eficacia de la relación negocial y, por supuesto, en el ejercicio de las prerrogativas excepcionales conferidas a la administración para el cumplimiento de las finalidades de la contratación estatal, específicamente la prerrogativa excepcional de declarar la terminación unilateral.

En la regulación de las obligaciones y de los contratos, el término o plazo en el cual se enmarca la relación jurídica puede tener distintas funciones, según sirva de extremo determinante para la exigibilidad de las obligaciones o para establecer la extinción del vínculo jurídico.

El artículo 1551 del Código Civil define el plazo como el tiempo que se fija para el cumplimiento de la obligación, indicando que puede ser expreso o tácito, entendido éste como indispensable para cumplir aquella. El plazo, contrario a lo que sucede con la condición, generalmente no afecta la existencia de la obligación sino la ejecución o la exigibilidad de la misma, de allí que la obligación a plazo existe desde que surge el acto jurídico que le da origen, pero la exigibilidad se suspende en el tiempo. Lo anterior significa que el plazo es un hecho futuro y cierto que puede establecerse desde el momento en que nace el derecho, pese a que no sea factible determinar cuándo ha de producirse, de manera que puede ser determinado –como sucede cuando se establece una fecha- o indeterminado –si no se sabe con certeza la fecha de ocurrencia pero se

tiene certeza sobre el suceso-. Puede ser, asimismo, legal, convencional, unilateral, expreso o tácito y judicial, este último sólo en los casos señalados por el ordenamiento jurídico expresamente.

En efecto, algunas obligaciones se contraen para ser cumplidas durante un plazo o en un día cierto, son las denominadas por la doctrina como *ex die o sub die*¹⁴ y otras se contraen para producir efectos hasta una época o día que se fija, las cuales se denominan *ad diem*¹⁵, por tal razón, el plazo puede concebirse en función de la exigibilidad del pago o cumplimiento, o de la extinción del vínculo jurídico, diferenciándose así de las obligaciones puras y simples¹⁶, las cuales no están sujetas a ninguna modalidad para su exigibilidad, es decir, nacen y se hacen exigibles en el mismo instante.

De otra parte, el tiempo puede servir de elemento para diferenciar las obligaciones de ejecución instantánea de las de tracto sucesivo. Las primeras se agotan en un solo instante, independientemente de que ese momento coincida con el acto de creación o se postergue para una fecha determinada o determinable. Las segundas, por el contrario, se ejecutan de manera continuada, por un lapso más o menos duradero, de suerte que el deudor debe observar determinado comportamiento por cierto tiempo¹⁷.

Retomando el contexto, el plazo *ex die o sub die*, que la doctrina ha denominado término suspensivo, primordial o inicial¹⁸, tiene como finalidad suspender la exigibilidad de las obligaciones en el tiempo hasta el acaecimiento del momento dispuesto, por ende su incumplimiento durante el interregno comprendido entre el surgimiento del vínculo jurídico y hasta antes del vencimiento del plazo, no conlleva consecuencias jurídicas, es decir, hasta antes de la llegada del plazo el derecho no puede exigirse¹⁹.

¹⁴ Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Obligaciones Tomo I. Imprenta Nascimento 1936.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Las obligaciones puras y simples son aquellas que no están sujetas a modalidades diversas, como la condición, el modo y el plazo. *Ibidem*.

¹⁷ A este respecto se debe aclarar que el elemento determinante de la obligación de tracto sucesivo no es que la obligación esté sometida a un plazo duradero, sino que la obligación se deba cumplir de manera continuada en el tiempo.

¹⁸ Entre otros tantos autores, SCOGNAMILIO Renato. Teoría General del Contrato. 1961. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia.

¹⁹ CLARO Solar Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Obligaciones Tomo I. Imprenta Nascimento 1936.

De otra parte, la noción conceptual del término o plazo *ad diem*, también denominado término final²⁰, tiene la virtualidad de extinguir la obligación al vencimiento del plazo, de forma análoga al fenómeno que se presenta cuando acaece la condición resolutoria, dicho de otra manera, la llegada del término final hace cesar la obligación y, contrario a lo que sucede con el término inicial, la obligación dejará de ser exigible, limitándose su duración en el tiempo²¹.

En los contratos, la noción de término, por regla general, hace relación al momento en el cual el deudor se encuentra compelido a realizar el pago al acreedor²² y éste, a su vez, obligado a recibirlo, y de ser el caso a cumplir con la contraprestación que constituye su pago, de allí que ajustarse al plazo se aprecia como cumplimiento, siempre y cuando se sujete a las restantes exigencias contempladas por el ordenamiento jurídico -en la forma y lugar etc.-, salvo los eventos en los que es posible exigir el pago antes del vencimiento del plazo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1553 del C.C.

Conforme al Código Civil, la acepción expuesta, es decir, el plazo *ex die o sub die*, es la que se impone por regla general en los contratos, y por excepción, sólo cuando la naturaleza de la obligación o el pacto expreso lo determinen, adquiere vigencia el término final para que cese el vínculo, como sucede, por ejemplo, en el contrato de sociedad o en el de comodato.

Cuando el plazo se establece en función del cumplimiento de la obligación, el término puede ser ordinario u extraordinario -también denominado esencial-. El término ordinario se caracteriza porque aún después de que expira es posible cumplir la prestación, lo que supone que la relación obligacional no concluye con su fenecimiento, aunque su desconocimiento trae las consecuencias jurídicas inherentes al incumplimiento del negocio jurídico. En efecto, el deudor incurre automáticamente en mora -numeral 1 del artículo 1608 del C.C.-, y deberá indemnizar los daños y perjuicios

²⁰ *Ibidem*.

²¹ CLARO Solar Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Obligaciones Tomo I. Imprenta Nascimento 1936.

²² Pago entendido en la acepción lata del concepto, acogida por el artículo 1626 del Código Civil, es decir, como solución de la obligación.

causados con el incumplimiento, entre otros efectos, comunes a la contratación privada y a la estatal.

El término extraordinario o esencial es de excepcional aplicación en la contratación pública, y resulta de mayor uso en la contratación privada, sobre todo en el ámbito mercantil, donde la dinámica del comercio impone la necesidad de celebrar negocios jurídicos “*a fecha fija*”, sin que resulte viable -en la mayoría de los casos- que la prestación sea útil antes o después de ocurrido el plazo.

De lo expuesto se deduce que la fijación del término que afecta la existencia de la relación negocial no está determinada por la clase de contrato- estatal o privado-, razón por la que no es viable formular pronunciamientos categóricos, afirmando que los contratos estatales contienen un plazo ordinario, extraordinario o final. Lo que sí está claro es que la expiración del término ordinario, denominado por nuestro ordenamiento en materia de contratación estatal término de ejecución, no constituye una de las formas de terminación de esta clase de contratos.

b) *Plazo, vigencia del contrato y posibilidad de ejercer la terminación unilateral.*

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

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

Esta posición tiene respaldo irrefutable en el inciso primero del artículo 14 de la Ley 80, que creó estas facultades excepcionales para la *dirección general* y para la *vigilancia de la ejecución del contrato*, y se sabe que puede existir contrato aún cuando venza el plazo –salvo que se pactara que con su llegada termina, lo cual requiere pacto expreso-. De esta manera, es incorrecto limitar su ejercicio al plazo nominal, pues no recoge el sentido íntegro del contrato, y sobre todo la posibilidad directora del negocio jurídico, en cabeza de la administración.

En este sentido, si el Decreto-ley 222 de 1983, y también la Ley 80 disponen que la terminación unilateral se confieren para vigilar *la ejecución* del contrato, y también para evitar la paralización o afectación grave de los servicios públicos²³, ¿por qué habría de identificarse estas hipótesis con el plazo del contrato y no con su ejecución, así esté vencido aquél?

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

No cabe la menor duda que en ese supuesto el contrato no terminó por expiración del plazo, por el contrario, sigue vigente –probablemente porque alguna de las partes lo incumplió-, y debe terminarse unilateralmente si durante su ejecución –así sea fuera del plazo- acaece una causal del art. 17 de la Ley 80, que impone –obliga- a la administración a adoptar la medida correspondiente, mediante un acto administrativo.

En esta línea de pensamiento queda claro, para resumir y concretar, que la terminación unilateral se puede ejercer durante la ejecución, aunque haya vencido el plazo del contrato, pero siempre que las obligaciones del contratista estén pendientes. De esta

²³ Dispone el numeral primero del art. 14 de la ley 80, en este sentido, que las entidades públicas: “1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de 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.” (Negrilla fuera de texto)

manera, ni siquiera durante la liquidación del contrato sería posible, porque la ley circunscribe la potestad a la etapa de ejecución.

5. El caso concreto

Con fundamento en los argumentos expuestos, y analizado el recurso de apelación conforme a ellos, la Sala anulará los actos administrativos demandados por dos razones, que se explicarán a continuación; pero negará la pretensión indemnizatoria por falta de daño.

5.1. Nulidad de los actos administrativos que terminaron unilateralmente el contrato.

Dos razones conducen a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados, según pasan a explicarse.

a) Primera razón: Nulidad absoluta de las cláusulas exorbitantes incorporadas al contrato No. 4044 de 1996.

Según lo expresado antes acerca de la posibilidad de pactar cláusulas exorbitantes en los contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993, la Sala debe anular, de oficio, las cláusulas 14, 15, 16 y 17 del contrato No. 4044 de 1995, que incorporaron los poderes exorbitantes de terminación, interpretación y modificación unilateral, además de caducidad, respectivamente, porque el contrato *sub iudice* no era de aquellos cuatro (4) donde estos poderes se deben incluir; ni de aquellos dos (2) –suministro y prestación de servicios- donde es posible hacerlo, por autonomía de la voluntad.

La Sala encuentra que el contrato celebrado por las partes de este proceso, atendiendo a las actividades que incluía, no corresponde a ninguno de los que admitían el pacto de cláusulas exorbitantes, porque su objeto fue la “reparación de los transformadores de distribución de energía eléctrica”, cuyo alcance incluía, entre otras obligaciones: reparación, cambio de piezas, cambio de aceite, cambio de bobinas y pintura, y en general el reemplazo e instalación de accesorios. Estas actividades no corresponden a ninguno de los 6 contratos que menciona el art. 14 de la Ley 80, de manera que atendiendo a la jurisprudencia de esta Sección se deben anular esas estipulaciones, porque fuera de ellos no es posible introducir poderes excepcionales. Incluso, el contrato *sub iudice* ni siquiera se enmarca en otro que regule el derecho comercial, pero desde luego lícito.

Establecido el vicio de que adolecen estas cláusulas, es necesario aclarar que la facultad para declararlo ha provenido -históricamente- del párrafo del art. 78 de decreto 222, que establecía: “Las causales aquí previstas pueden alegarse por el Ministerio Público en interés del orden jurídico *o ser declaradas oficiosamente, cuando estén plenamente comprobadas*. No se sanean por ratificación de las partes.” (cursivas fuera de texto)

También es posible hacerlo de oficio en las condiciones reiteradas luego por la Ley 80 de 1993, y mantenidas en el art. 87 CCA. -modificado por la Ley 446 de 1998- que estableció en el inciso tercero que: “El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. *El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso*. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.” (Cursivas fuera de texto)

En estas condiciones, el ordenamiento jurídico contempla una facultad excepcional en favor del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, que, conforme lo precisó la Sala Plena de la Corporación, es procedente si está demostrada en el proceso, y siempre que en él intervengan las partes o sus causahabientes.

Ahora, y de forma extraordinaria, esta posibilidad no está restringida al término de caducidad de la acción, porque si bien para el momento en que el juez actúe han podido transcurrir el plazo que la ley establece para intentar la acción correspondiente, esta Sección ha sostenido, invariablemente, que por su naturaleza no aplica cuando la nulidad se decreta de oficio, pues resulta apenas obvio que el juez suele conocer de los procesos –y más en segunda instancia- cuando el tiempo ha vencido. De allí que, la caducidad es exigible de las partes del contrato o de los terceros con interés que solicitan su nulidad, pero no del juez cuando la decreta de oficio. En esa perspectiva: “Sobre este punto se ha pronunciado la Sala Plena, manifestando que la potestad del juzgador para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato, depende del cumplimiento de dos condiciones: que la nulidad absoluta se encuentre plenamente demostrada en el proceso, y que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, caso en el cual, surgirá el deber del juez de declararla, cualquiera sea el proceso de que se trate; y ha dicho además la Sala sobre tal facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, que la misma no está sometida al término

de caducidad de la acción, “... porque el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial...”, no obstante lo cual, sí se impone la limitación contenida en el artículo 1742 del C.C., “...que prevé el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria de 20 años¹, aún cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos...”¹ (sentencia de 16 de febrero de 2006. Exp. 13.414)

En esta misma línea de pensamiento señaló esta Sección, en la sentencia de 6 de julio de 2005 –exp. 12.249-, que: “Sobre el referido poder, la Sala ha precisado que puede ejercitarse al dictar el fallo, en cualquiera de las instancias, y así la controversia judicial no haya girado en torno a dicha nulidad, mientras en el proceso intervengan las partes contratantes, porque de lo contrario se violaría la garantía constitucional del debido proceso.

“Esa facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, no está sometida al término de caducidad de la acción, porque el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial en el sentido que propone el actor.”

Sin embargo, la anterior posibilidad tiene límites. En términos del art. 1742 del Código Civil -aplicable tanto a la contratación regida por el Decreto-ley 222 de 1983 como por la Ley 80 de 1993-, “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato... Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”, de allí que transcurridos 20 años –para la época de suscripción del contrato *sub iudice* (10 años ahora, con la reforma de la ley 791 de 2003)- ni siquiera de oficio procede su declaración, pues se sanean los vicios, por ministerio de la ley²⁴.

²⁴ El art. 1742 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en los siguientes términos: “Al interpretar la norma objeto de demanda no prohíbe el saneamiento de la nulidad absoluta cuando ésta es generada por objeto o causa ilícita. Por el contrario, mediante la expresión acusada se autoriza su saneamiento siempre y cuando haya transcurrido un período determinado, que el legislador ha fijado en 20 años (ley 50/1936).

“En efecto: según el precepto acusado cuando la nulidad absoluta no es producida por objeto o causa ilícitos puede sanearse por ratificación de las partes ‘y en todo caso por prescripción extraordinaria’. La expresión ‘y en todo caso’ se refiere no sólo a las nulidades producidas por causas diferentes a objeto o causa ilícitos sino también a las generadas por éstos; pues si el legislador hubiere querido excluir del saneamiento los actos o contratos cuyo objeto o causa es ilícito, bien hubiera podido omitir dicha frase y decir expresamente ‘y por prescripción extintiva’, pero ello no ocurrió así.” –Sentencia C-597 de 1998-

En otras palabras, ni siquiera de oficio se puede anular un contrato estatal, cuando ha transcurrido el término de prescripción extraordinaria –que antes fue de 20 años y hoy de 10-, porque la ley sana el vicio. Sin embargo, una cosa es la prescripción y otra la caducidad, y si bien ésta no corre para el juez aquélla sí, por eso el art. 1741 lo vincula.

Vale la pena aclarar que el término de prescripción extraordinaria que rige el caso concreto es el de 20 años, toda vez que la norma que lo establece es de naturaleza sustantiva –no procesal- y era la vigente al momento en que empezó a correr –o sea a la fecha de suscripción del contrato: junio 14 de 1995-, de allí que por aplicación de la Ley 153 de 1887 se sabe que los plazos que han empezado a correr se rigen por la norma vigente al momento en que lo hicieron. Este es el caso, ya que la modificación de dicha norma es de 2003, fecha para la cual venía corriendo la prescripción de 20 años. Por tanto, como no han transcurrido los 20 años esta jurisdicción puede declarar la nulidad del contrato.

Además de lo manifestado, la nulidad que se puede declarar de oficio es la absoluta, no la relativa, porque la Ley 80 de 1993, que remite al derecho privado, confirió competencia al juez sólo para estos efectos, por ello la nulidad relativa sólo puede alegarla la parte interesada²⁵.

Ahora, si bien sorprende a las partes -o a alguna de ellas- que en primera o en segunda instancia el juez declare la nulidad del contrato, o parte de él, cuando el proceso no giró alrededor de este aspecto, lo cierto es que el ordenamiento lo permite, si la encuentra probada, con el fin de hacer prevalecer en los negocios el interés general y el orden público.

De esta forma, bien puede solicitarse en la demanda la nulidad absoluta, o proponerse como excepción -por la parte interesada-²⁶, o solicitarla el ministerio público en cualquier estado del proceso, o el juez en cualquiera de las instancias.

²⁵ Al respecto ha señalado la Sala –sentencia de 12 de octubre de 2000, exp. 13.097-, que: “Se dice como mínimo, porque el juez oficiosamente puede declarar la nulidad del contrato sólo por causales de nulidad absoluta. Respecto de las otras causales “**las relativas**”, únicamente las partes pueden alegarlas.”

²⁶ En la sentencia de 12 de octubre de 2000 -Exp. 13.097-, expresó la Sección Tercera: “La última codificación mencionada dice, textualmente, que ‘Cuando se proponga la excepción de **nulidad** o de simulación del acto o contrato del cual se pretenda derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes

En consecuencia, tanto en la primera como en la segunda instancia es posible declarar la nulidad absoluta del contrato, siempre y cuando los afectados hagan parte del proceso, y esté probada la causal. Y aunque es innegable que en la segunda instancia es más sorpresiva para las partes una decisión de estas, lo cierto es que la ley privilegió la protección del orden jurídico, de la moral y del interés general -sobre el interés de las partes-, cuando autorizó declarar la nulidad si concurren las anteriores condiciones.

El juez no puede abstenerse de declarar la nulidad, si la encuentra acreditada, porque la ley no le confiere discrecional para hacerlo; lo obliga a actuar. Por las razones expuestas se declarará, en la parte resolutive, la nulidad absoluta de las cláusulas 14 a 17 del contrato; advirtiendo que esta forma de proceder no afecta, en el caso concreto, el principio constitucional de la *no reformatio in pejus* -que impide anular el contrato si desmejora la condición del único apelante- porque en este caso al recurrente se le negaron en primera instancia todas las pretensiones, de manera que la decisión que se adoptará no lo deja en situación más desfavorable de la que tiene.

La consecuencia obvia de esta decisión es que las resoluciones que declararon la terminación unilateral no sólo pierden el fundamento jurídico sino que carecen de competencia, y por eso se declarará su nulidad; además de otra razón que conduce a la misma conclusión, que se analizará a continuación.

b) Segunda razón: Falta de competencia temporal para declarar la terminación unilateral.

De acuerdo con los criterios expuestos sobre la facultad temporal de la administración de declarar unilateralmente la terminación del contrato, la Sala encuentra, de acuerdo

lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción' (3º inc art. 306).

“La naturaleza de ese hecho exceptivo, considerar que el contrato es nulo, sí es excepción de fondo no sólo porque así lo dice la ley sino además, porque aún ante la falta de disposición que así lo dispusiere, cuando se pretende frente a un contrato y ante el juez, derivar algo, frente al demandado, de dicha relación comercial es necesario, como mínimo, que ésta relación no adolezca de un vicio constitutivo de **causal de nulidad absoluta.**” (Resalto fuera de texto)

En el mismo sentido se ha señalado: “Así las cosas, en el evento en que el demandado proponga la excepción de nulidad del contrato, siempre que sean partes del proceso quienes lo fueron del contrato, la sentencia deberá tacharse de inconsonante, si, a pesar de haber encontrado demostrada dicha excepción, se limita tan sólo a declararla fundada, desconociendo que el juzgador tiene el deber insoslayable de pronunciarse aplicando la regla de procedimiento citada, la cual, se reitera, es de ineludible cumplimiento. Con otras palabras, si el juez no obra así, incurre en vicio de actividad, pues la sentencia cae en desarmonía o incongruencia por *mínima petita*, habida cuenta que se dejó de decidir sobre uno de los extremos de la litis.” –Sentencia de 25 de noviembre de 2004, exp. 25.560-.

con los aspectos probados en el proceso, que la administración también carecía de competencia. Por esta razón, únicamente se analizará la posibilidad que tiene de ejercer la facultad de terminar el contrato, en la medida en que se trata de una de las formas anormales de extinguir el negocio jurídico.

Conforme se explicó atrás, las causales de terminación previstas en el artículo 17 y 45 de la Ley 80 es posible declararlas cuando ha fenecido el término de ejecución del contrato -o término ordinario dispuesto para el cumplimiento de las prestaciones-, pero siempre que aún exista y esté vigente, porque ni siquiera podría decirse que la administración pueda renunciar o ser despojada de tal facultad puesto que no puede disponer de las prerrogativas cuando la ley le impone aplicarlas, en caso de darse el supuesto consagrado por el ordenamiento.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, se encuentra que para el momento en que se declaró la terminación unilateral –marzo 7 de 1996- no sólo había vencido el plazo del contrato –enero 30 de 1996- sino que ese mismo día se extinguió el negocio jurídico; pero no porque necesariamente la llegada del plazo extinga el contrato, sino porque en este caso sucedió así, en virtud de que el comportamiento de las partes así lo indicó, como pasa a explicarse:

i) EADE no defiende en el proceso que el contrato estuviera vigente en la fecha de expedición de las resoluciones que declararon la terminación unilateral. Todo lo contrario, manifiesta que desde el 1 de noviembre de 1995, al recibir tardíamente la única entrega de transformadores enviada al contratista para su reparación, desistió de enviar más equipos. De hecho, en el plazo que restaba del contrato –casi 90 días- nunca envió un transformador más.

Adicionalmente, EADE fue claro cuando contestó la demanda -concretamente al *hecho octavo-*, porque afirma que desistió de enviarle trabajo al contratista porque también recibió una comunicación suya –del 4 de octubre de 1995- informando que tenía problemas con un ex-socio, que podría producirle dificultades en el cumplimiento del contrato. Ante esta situación el apoderado de la entidad manifestó que ese hecho “... llevó a la empresa a no efectuar más entregas al contratista de transformadores para su reparación, por el riesgo de no poder cumplir con la reparación de los mismos” –fl. 57, cdno. 1-.

Esta sola circunstancia pone de manifiesto que la intención de EADE no fue mantener indefinidamente el contrato, sino sólo hasta que venciera el plazo, porque su comportamiento -claro e inequívoco- fue de desestímulo frente al negocio, tanto que nunca más envió transformadores para arreglar. En consecuencia, para EADE el vencimiento del plazo hizo extinguir el contrato, porque nunca más utilizó al contratista para arreglar los equipos.

Finalmente, la defensa que propuso EADE para justificar la competencia temporal para terminar el contrato no fue la vigencia del mismo con posterioridad al 30 de enero de 1996, sino la existencia de jurisprudencia que autorizaba hacerlo en ese momento, y hasta la liquidación del contrato. Este dato se suma al anterior para concluir que incluso para EADE el plazo extinguió el contrato, porque claramente no lo quiso, y desde bastante tiempo atrás.

ii) El otro comportamiento, inferido del anterior, que permite establecer qué deseaban y esperaban las partes, el 30 de enero de 1996, consultando su intencionalidad -y específicamente la de EADE-, es que al momento de extinguirse el plazo no había trabajos pendientes a cargo del contratista, que justificaran pensar que el negocio seguía vigente.

Es propio de la vigencia de un contrato con posterioridad a la extinción del plazo que las prestaciones aún se estén cumpliéndose, así sea en mora, de manera que una parte y la otra están pendientes de la ejecución de alguna obligación; pero en el caso *sub iudice* la parálisis fue total desde el primero de noviembre de 1995, de manera que para el 30 de enero de 1996 EADE, en particular, no esperaba nada de su contratista, y éste nada le debía a aquél.

iii) Como si fuera poco, las partes tampoco acordaron adicionar el contrato, pese a la solicitud formulada por el contratista a EADE en ese sentido, prueba irrefutable de la falta de interés de este. Esta expiración del negocio se probó en el proceso, porque el 26 de enero de 1996 la sociedad demandante presentó una solicitud con el propósito de *prorrogar* el plazo convenido, pero la entidad, en comunicación del 7 de febrero de ese mismo año, negó la petición. En este orden, la intención de la entidad fue, sin duda, no adicionarlo, decisión tomada desde tiempo atrás, porque nunca más le envió al contratista transformadores para reparar.

Conforme a este comportamiento manifiesto de las partes, y sobre todo de EADE, la Sala concluye que el contrato terminó el 30 de enero de 1996, y las partes así lo entendieron, así que a partir de esa fecha EADE carecía de la competencia, por el factor temporal, para declarar la terminación unilateral.

La anterior conclusión ni siquiera discute la validez de la decisión si se hubiera tomado dentro del plazo, o incluso por fuera, siempre que aún existiera el negocio jurídico; lo que se concluye es que ya no había contrato en la fecha en que se expidieron las resoluciones que pretendieron terminarlo, y por este sólo hecho las decisiones son nulas, además de inútiles, porque si ya no existía ¿qué se terminó?

Cosa diferente sería que vencido el plazo el contrato aún existiera, y estuviera en ejecución, en cuyo evento la potestad de terminación unilateral se conserva, porque durante ese lapso las causales del art. 17 se pueden presentar, y por eso es posible aplicarlas.

5.2. Pretensión de incumplimiento: Alcance de las obligaciones contractuales pagadas a precios unitarios por la ejecución de cantidades inferiores.

La Sala debe analizar ahora la pretensión de declaratoria de incumplimiento del contrato, que también formuló el demandante contra EADE, advirtiendo que no necesariamente porque haya prosperado la pretensión anulatoria de los actos administrativos se produce, consecuentemente, la declaración de incumplimiento de las obligaciones del contrato. Recuérdese que el argumento del demandante para justificar la pretensión es: la suspensión de facto, unilateral, de la ejecución del contrato, por parte de EADE, al abstenerse de enviarle los transformadores para su arreglo.

A la Sala no le queda la menor duda que está probado que EADE realizó el comportamiento que el demandante le imputa, de hecho éste lo admite expresamente; pero el debate no se puede circunscribir a ese aspecto, sino a valorar si la conducta era posible o no, sin incumplir las obligaciones.

Para la delegada del Ministerio Público, como el valor del contrato se pactó por el sistema de *precios unitarios*, la entidad únicamente paga al contratista lo que efectivamente ejecutó. Adicionalmente, EADE no estaba obligada a enviar un número determinado de transformadores, sino los que tuvieran que repararse. Por opiniones

como esta para la Sala es necesario examinar qué alcance, compromiso y responsabilidad surge de los contratos estatales suscritos con un *objeto* determinado y pagaderos a *precios unitarios* –es decir por unidad y cantidad ejecutada-, como el del caso concreto.

Recuérdese que para el *demandante* se trata de una obligación integral, de allí que considera que EADE tiene el deber de ejecutar el negocio hasta por el valor suscrito - \$30'000.000-, y por no hacerlo debe pagar la utilidad que dejó de percibir. Por el contrario, para EADE y el Ministerio Público se trata de una obligación potestativa, porque la entidad podía o no enviarle trabajo al contratista, pero si lo hacía debía pagar la actividad ejecutada a los precios pactados; y si no lo enviaba pues no surgían las obligaciones entre las partes.

La Sala estima que la solución a esta problemática no es tan extrema como la aprecia y propone el demandante –responsabilidad total del contratante-; pero tampoco tan extrema como la sugiere EADE y el Ministerio Público –irresponsabilidad total del contratante-; en su lugar exige una valoración que no se puede formular en abstracto y de manera absoluta, sino en concreto y de manera relativa, atendiendo, en cada contrato celebrado a *precio unitario*, a la significación y alcance que allí tenga.

Lo anterior significa que un contrato a precio unitario puede tener el alcance que sugiere el demandante; pero otro negocio puede tener el que sugieren EADE y el Ministerio público; todo depende de lo acordado, y es eso lo que se debe examinar en cada caso. Por estas razón, para delimitar el problema, o mejor la solución, cabe formular las siguientes premisas, que sirven como punto de referencia para interpretar los problemas económicos que surgen al interior de los contratos acordados a precio unitario, donde se ejecutan cantidades diferentes a las proyectadas.

i) Los contratos a *precios unitarios* pueden ser absolutamente vinculantes en cuanto al precio total, pero sólo cuando las *cantidades* pactadas se acuerdan de manera fija. Antes de explicarlo, téngase en cuenta que *precio unitario* y *cantidades* son conceptos –cláusulas- diferentes, aunque interdependientes, porque una es la definición del costo del bien o servicio y otro el volumen, unidades o porciones que adquiere el comprador.

Entonces, la cantidad acordada vincula al comprador -al precio unitario pactado para cada unidad-, quien debe adquirirla toda, cuando el contrato así lo dispone. Por

ejemplo, si se pacta que el comprador adquirirá 8 vehículos de determinada especificación, cada uno a \$40'000.000, no puede adquirir menos porque el comerciante tiene derecho a venderle todo, incumpliendo aquél sus obligaciones si al final pide una cantidad inferior.

En este evento el precio es unitario, pero el problema entre las partes no radica en él, sino en la cláusula de cantidades, de donde provendrá o no el derecho del comerciante a vender un número mínimo de bienes. En el ejemplo, tiene derecho a vender 8 vehículos, porque el comprador se comprometió a eso cuando firmó el contrato, y el cambio de intención durante la ejecución es precisamente su incumplimiento.

ii) Los contratos a *precios unitarios* pueden ser absolutamente disponibles en cuanto al precio total, cuando la *cantidad* pactada es indicativa, de ninguna manera fija.

En este evento, la cantidad acordada no vincula al comprador, pero sí el precio unitario de cada unidad, por tanto no tiene que adquirirlo todo, cuando el contrato así lo dispone. Por ejemplo, si pactaron que el comprador adquirirá *hasta 8* vehículos, cada uno a \$40'000.000, puede demandar esa cantidad o una inferior, y el comerciante no adquiere el derecho a vender la totalidad, cumpliendo aquél sus obligaciones si adquiere una cantidad inferior, pues así lo acordaron. Eso sí, los vehículos que adquiera los pagará, cada uno, al precio unitario pactado.

iii) La tercera regla combina parte de las anteriores. Expresa que los contratos con *objeto definido* –hacer un puente-, pero de *cantidades aproximadas* –cálculo probable para cada *item* de la construcción- y *precios unitarios* -valor para cada *item* y su unidad-, suele generar problemas entre las partes cuando las cantidades no se ejecutan. En este evento la solución exige examinar las dos reglas anteriores, para confirmar si la ejecución era fija o sólo probable, de donde surge la solución a este problema.

Lo anterior significa que el puente puede terminarse, pero las cantidades ser *superiores* a las calculadas. En este evento la entidad debe pagar las cantidades ejecutadas, aumentándosele el valor total del contrato, e incrementándose la utilidad para el contratista.

Lo anterior también significa que el puente pudo terminarse, pero las cantidades ser *inferiores* a las calculadas. En este evento la entidad debe pagar las cantidades

ejecutadas, reduciendo el valor total del contrato, y por tanto la utilidad que esperaba el contratista, sin que éste puede reclamar por la inejecución, pues el puente se hizo, y las cantidades eran calculadas, no fijas.

El problema más complejo se presenta cuando el puente no se termina, pero las cantidades calculadas sí se agotan, en cuyo evento la entidad no tiene el puente terminado pero el contratista sí obtiene la ganancia que esperaba. En este caso el contratista nada tiene que reclamar porque financieramente obtuvo lo que esperaba.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra que el contrato que pactaron EADE y el demandante tiene un *precio unitario* para cada tipo de transformador que eventualmente necesitara reparar la entidad –cl. 1-; pero en relación con las *cantidades* de trabajo nada se dispuso, es decir, ningún derecho se creó para el contratista que le permita exigirle a EADE un número mínimo de transformadores o la exclusividad para repararlos; ni se pactó alguna obligación concreta para la entidad que permitiera exigirle que entregara un volumen concreto.

Por el contrario, se trata de un negocio donde EADE tenía disponible un contrato y un contratista -con una correcta determinación del precio para cada tipo o clase de transformador-, pero abierto a su uso. Y es razonable que fuera así, porque en esta clase de negocios se acostumbra utilizar los servicios del contratista por *eventos*, es decir por *sucesos* –en este caso por daño de transformadores-, de manera que si durante el plazo no se avería ninguno mal haría el contratista en reclamar que le envíen trabajo; pero si se dañan bien puede la entidad enviarlo o no hacerlo -y ocuparse personalmente de eso-, pues qué razonabilidad hay en obligarla. Lo que sí tiene derecho a exigir el contratista es que si le envían para su reparación un transformador, o veinte, le paguen al precio unitario pactado.

En consecuencia, si bien el valor del contrato incluyó una suma determinada - \$30'000.000, cláusula 3- esto no significa, necesariamente, que ese valor se deba agotar, como si se tratara de un derecho para el contratista, como lo sugiere. Razonar así descontextualiza este y cualquier otro negocio, pues este acuerdo del precio total se debe entender, principalmente, a partir de la integración de las demás cláusulas del contrato: como la del objeto, el alcance y sus cantidades, la forma de pago, incluso el pliego de condiciones y la oferta. Así, es posible que el precio total de un contrato se deba agotar integralmente en favor del contratista; pero también es posible que no deba

hacerlo, en cada caso según lo dispongan las cláusulas que se acaban de mencionar, que son las que ilustran y definen adecuadamente este problema.

De hecho, en el caso concreto no sólo no se pactaron cantidades fijas en favor del contratista, como para exigir de EADE el cumplimiento completo y riguroso; sino que ni siquiera el precio total tiene el alcance que propone el demandante, porque la cláusula tercera dispuso:

“Cláusula tercera. El valor del presente contrato será *hasta* por la suma de... 30'000.000, incluido el iva.” –fl. 66, cdno. 1- (Resalto fuera de texto)

Esta cláusula sólo dispone que el valor será *hasta* 30 millones, no que será ese valor, lo que guarda perfecta armonía con la cláusula del objeto, y con la ausencia de cláusula que garantice cantidades mínimas en favor del contratista, pues tratándose de reparaciones de equipos es posible y usual que un comprador de ese servicio sólo esté interesado en tenerlo disponible –incluso a varios contratistas, al mismo tiempo–, con las condiciones claras de ejecución de su trabajo, para utilizarlo cuando sea necesario, por eventos y según su interés.

En este contexto, es correcto, usual y razonable que el precio total sea *hasta* determinado monto, lo que sólo significa que es la suma límite que puede alcanzar el costo de las reparaciones de los equipos, según la capacidad de pago que tiene el contratante del servicio, respaldado por un certificado de disponibilidad y por un registro presupuestal, que exige la ley a las entidades estatales; pero de ninguna manera la intención de las partes del contrato fue asegurarle al contratista esa cantidad de recursos.

Finalmente, siendo la anterior razón determinante para negar las pretensiones indemnizatorias de la demanda, la Sala no pasará de largo dos hechos imputables al contratista, que contribuyen a deslegitimar su solicitud: i) El 4 de octubre de 1995 envió una carta a EADE informándole de la grave situación administrativa en la que se encontraba por culpa de un ex-socio, y ii) sus créditos fueron embargados, lo que amenazaba el cumplimiento del contrato. Un contratista en estas condiciones, provocadas por él, no puede pretender luego reclamar que se ejecutara integralmente el contrato, y que el contratante hiciera caso omiso de esas dos circunstancias, como si nada pasara durante su ejecución. Pretender posteriormente una indemnización, por

afectación al cumplimiento normal de las obligaciones, es una actitud que falta al principio de responsabilidad que cada cual debe asumir.

En mérito de lo expuesto, se

FALLA

Primero. Revócase parcialmente la sentencia proferida el 31 de octubre de 2003, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda.

Segundo. Declárase la nulidad de las Resoluciones 8680 del 8 de febrero de 1.996 y 8862 del mismo año, proferidas por EADE, que declararon la terminación unilateral del contrato No. 4044, de junio de 1995.

Tercero. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.