

## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Álzate-Ortiz, J.E. y Nanclares-Márquez, J. (2016). La caducidad en los contratos públicos en la primera mitad del siglo XX: entre la libre estipulación de las partes y las normas de orden público. *Revista Jurídicas*, 13 (1), 11-23.  
DOI: 10.17151/jurid.2016.13.1.2.

Recibido el 02 de febrero de 2016  
Aprobado el 01 de abril de 2016

# LA CADUCIDAD EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX: ENTRE LA LIBRE ESTIPULACIÓN DE LAS PARTES Y LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO\*

JUAN ESTEBAN ÁLZATE-ORTIZ\*\*  
JULIANA NANCLARES-MÁRQUEZ\*\*\*

## RESUMEN

A través del presente artículo de investigación se identifica la aparición de la caducidad en el ordenamiento jurídico colombiano a partir del siglo XX, producto de la adopción de la teoría de los contratos públicos del derecho francés. Esta identificación permite analizar si para la época se incluían garantías a favor de los contratistas cuando el Estado ejercía la caducidad del contrato (el Estado actuando como juez—cuando decretaba la caducidad— y como parte—por ser un extremo de la relación jurídico-negocial—)

**PALABRAS CLAVE:** caducidad, contratos públicos, debido proceso, autonomía de la voluntad, prerrogativas públicas.

\* El presente artículo se realizó en el marco de la investigación: "Retos de la formación en contratación pública en Colombia: una aproximación desde la perspectiva institucional de la Universidad Autónoma Latinoamericana". Esta investigación es financiada por la Universidad Autónoma Latinoamericana entre el 4 de abril de 2015 y el 29 de febrero de 2016.

\*\* Doctorando en Derecho. Docente Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Colombia. E-mail: [juan.alzate0930@unaula.edu.co](mailto:juan.alzate0930@unaula.edu.co). ORCID: 0000-0002-9238-5512.

\*\*\* Doctoranda en Derecho. Docente Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Colombia. E-mail: [juliana.nanclaresma@unaula.edu.co](mailto:juliana.nanclaresma@unaula.edu.co). ORCID: 0000-0002-0213-0111.



## **THE EXPIRATION IN PUBLIC CONTRACTS IN THE FIRST HALF OF THE TWENTIETH CENTURY: BETWEEN THE FREE STIPULATION OF THE PARTIES AND PUBLIC ORDER RULES**

### **ABSTRACT**

Through this research paper are delivered partial results that identify the introduction of the expiration in the Colombian legal system since the twentieth century, due to the adoption of the theory of public contracts taken from French law. This identification allows to analyze whether the time, including due process for contractors when the State exercised the expiration of the contract (the state acting as a judge —when He wills expiration— and as part —for being one end of the relationship legal bargaining—)

**KEY WORDS:** expiration, public contracts, due process, the principle of the exercise of free will, public prerogatives.

## INTRODUCCIÓN

En el desarrollo del proyecto de investigación: “Retos de la formación en contratación pública en Colombia: una aproximación desde la perspectiva institucional de la Universidad Autónoma Latinoamericana”, se partió de la siguiente pregunta: ¿qué características debe tener la formación ofrecida a los especialistas en contratación estatal que les permita responder a los desafíos del sector? En este sentido, se identificaron varios núcleos problemáticos de los contratos estatales en el ordenamiento jurídico colombiano con el fin de desarrollar soluciones jurídicas plausibles y novedosas que enriquezcan la formación de quienes realizan estudios posgraduales en contratación estatal. Uno de ellos fue precisamente la evolución del poder sancionador en el ejercicio de la caducidad por parte de las autoridades públicas contratantes, así como la inclusión de las diferentes garantías que conforman el debido proceso; las cuales, hoy en día, se encuentran debidamente reglamentadas en el artículo 29 de la Constitución de 1991.

En este orden de ideas, el presente artículo se concentró en identificar el nacimiento de la caducidad como poder sancionador del Estado contratante en Colombia específicamente en la primera mitad del siglo XX y la aplicación de las diferentes garantías que al día de hoy conforman el derecho fundamental al debido proceso. Se hizo indispensable hacer referencia al derecho francés al ser uno de los mayores referentes con relación al derecho administrativo en el Estado colombiano.

## METODOLOGÍA

En esta investigación se empleó el método sistemático jurídico<sup>1</sup>; toda vez que se hizo un análisis jurídico-descriptivo de la caducidad como potestad sancionadora del Estado colombiano contratante en la primera mitad del siglo XX, junto una revisión de la caducidad en los contratos administrativos franceses. Finalmente se analizó la existencia de garantías del debido proceso en el ejercicio de dichas prerrogativas, aclarando que en dicho período de tiempo no se aplicaba el derecho fundamental al debido proceso tal como hoy procede en nuestro ordenamiento jurídico. Lo anterior se hizo con una exploración de normativa clásica colombiana, pasando por jurisprudencia de la época tanto colombiana como francesa y referenciando autores clásicos franceses en especial a Gaston Jèze. Del análisis sistemático de estas fuentes, en su mayoría primarias, se obtuvieron los resultados que más adelante se entran a exponer.

---

<sup>1</sup> “Parte de la concepción filosófica según la cual el derecho constituye un sistema, y solamente bajo la perspectiva de entenderlo como tal puede el jurista aproximarse a su conocimiento, de tal manera que la norma debe ser comprendida como una parte de ese sistema, y debe ser interpretada, para aplicarla a los casos concretos, teniendo en cuenta su funcionalidad dentro del mismo” (Giraldo, 2007, p. 140).

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### Generalidades

Colombia recibió la influencia del derecho administrativo francés para el desarrollo de sus posturas jurisprudenciales y legales (Santofimio, 2003; Saavedra, 2011)<sup>2</sup>. La institución de los contratos administrativos en Francia sirvió como punto de partida a la teoría de los contratos estatales que se aplica al día de hoy en Colombia, a pesar que desde hace varios años se han tomado caminos muy diferentes en cuanto al fundamento legal de la institución de los contratos estatales.

Uno de los elementos distintivos de los contratos que se rigen por el derecho administrativo y los contratos regidos por el derecho privado es la existencia, en los primeros, de una serie de prerrogativas y poderes exorbitantes. Ese poder, en el Estado contemporáneo, se soporta en la búsqueda del interés general, el cumplimiento de los fines del Estado, la prestación continua y eficiente de los servicios públicos, así como la garantía del orden público, dada la finalidad buscada con la ejecución de dichas actividades jurídicas negociales (artículos 2, 3, 4, 5, 14, 24 de la Ley 80 de 1993).

Y es precisamente, con respecto a los poderes de la administración en los contratos públicos y su consagración en el ordenamiento jurídico, que Francia y Colombia —quienes compartieron por muchos años las mismas teorías de los contratos administrativos— (Rodríguez, 2015)<sup>3</sup> comenzaron a diferenciarse. En Francia, es predominante la jurisprudencia como fuente del derecho para la teoría de los contratos que suscribe la administración. Donde se ha aceptado que los poderes de las autoridades públicas son implícitos e inherentes a su condición de entidad estatal. Esta situación, que fue similar en Colombia, comenzó a cambiar en nuestro país con la adopción del principio de legalidad en la teoría de los contratos públicos; exigiendo una habilitación normativa expresa por parte del legislador para la utilización de dichas prerrogativas sancionadoras.

Por tanto, es relevante realizar un análisis sistemático e histórico entre el derecho francés y el colombiano con el fin de identificar las similitudes y divergencias con relación a la caducidad como prerrogativa sancionadora de los contratos de la

---

<sup>2</sup> Santofimio (2003) hace referencia al criterio de las prerrogativas públicas para identificar al derecho administrativo; Saavedra (2011) explica la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa. Colombia se vio ampliamente influenciada por las siguientes posturas jurídicas francesas con relación al derecho administrativo: las teorías del acto administrativo, los contratos de la administración, la responsabilidad extracontractual del Estado entre otras instituciones jurídicas.

<sup>3</sup> De esta afirmación da cuenta Rodríguez (2015), quien desarrolla la teoría de los contratos privados y públicos (administrativos) que podía suscribir la administración. Esta teoría dual es influencia directa del derecho administrativo francés que fue abandonada en Colombia cuando deja de lado el criterio jurisprudencial para la clasificación de los contratos en privados y administrativos para adoptar, en consecuencia, un criterio legal (Decreto Ley 222 de 1983). Finalmente, la clasificación dual terminaría con la adopción de la categoría “contrato estatal” mediante la Ley 80 de 1993.

administración y la implementación de las garantías del derecho fundamental al debido proceso.

### **Origen jurisprudencial de los contratos administrativos en Francia**

En la segunda mitad del siglo XX<sup>4</sup> comienza a vislumbrarse algunas particularidades de ciertas tipologías contractuales que eran de común utilización para la época por parte del Estado colombiano. Empieza a nacer, y a tener relevancia, una distinción entre los contratos privados y públicos de la administración. Esta situación permitió a los jueces y tratadistas colombianos hacer referencia a la jurisprudencia francesa. Para abordar el estudio de la jurisprudencia del país europeo, partiremos de uno de los más reconocidos tratadistas franceses: Gaston Jèze<sup>5</sup>. En la sección II, de su libro *Teoría general de los contratos de la administración*, plantea el desarrollo de uno de los elementos más característicos de los contratos administrativos: “sanciones y medidas de coerción en el contrato de concesión de servicio público” (Jèze, 1950, p. 11).

El concepto de servicio público ha tenido en Francia un fuerte desarrollo no solo como fundamento del concepto de derecho administrativo, sino también como contenido principal de los contratos administrativos. “El contrato de concesión de servicio público es el que asocia, en más alto grado, al empresario con el funcionamiento del servicio público. Es, pues, necesario que las sanciones, las medidas de coerción, sean las más enérgicas” (Jèze, 1950, p. 13).

La posibilidad de contar con la participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos a través de la concesión, adelantó considerablemente el desarrollo de la teoría del contrato administrativo. La delegación que se presenta a partir del contrato de concesión, no fue realizada sin generar previamente unos elementos de control en cabeza de la autoridad delegante “o autoridad pública contratante”. En este sentido, se les otorgan unas prerrogativas sancionatorias a las autoridades públicas para que puedan garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos (y la ejecución adecuada y oportuna de los contratos). Así pues, Jèze (1950) manifiesta que la teoría del contrato administrativo alcanzó grandes avances a través del análisis específico de las diversas tipologías contractuales por parte de la jurisprudencia francesa al partir de los conceptos más tradicionales del derecho administrativo: el servicio público y las prerrogativas públicas.

---

<sup>4</sup> Esta afirmación, se realiza a partir de la expedición de la Ley 163 de 1896 que creó la Comisión de Suministros y Expropiaciones. Con esta comisión se planteó que ciertas tipologías contractuales, dadas las finalidades que buscaban (encaminadas al interés general), debían tener un tratamiento diferenciado a los demás contratos que suscribía el Estado como un particular.

<sup>5</sup> No se quiere desconocer los significativos trabajos realizados por otros importantes tratadistas franceses como Loubadere (1956, 1984). Sin embargo consideramos que Jèze desarrolla de una manera más completa la teoría de los contratos de la administración francesa, destinando gran parte de su tomo VI al estudio de las prerrogativas sancionadoras en dichos contratos. Por lo anterior, lo tomamos como soporte del análisis a realizar.

## **Prerrogativas sancionadoras en el contrato administrativo francés**

En Francia, se admite que las obligaciones de un concesionario prestador de un servicio público son sujetas a sanciones unilaterales de la administración; aunque las mismas no hayan sido pactadas en el contrato. Dar por incorporadas sanciones en el contrato que pueden ser declaradas por la administración, no fue una autorización que se diera de forma plena en sus inicios. Hasta finales del siglo XIX, la opinión jurisprudencial dominante consistía en que las únicas sanciones que se podían hacer efectivas eran las que se consagraban en el contrato con excepción de la caducidad que no necesitaba expresarse (Jèze, 1950). Asimismo, la posibilidad de entender como pactada la caducidad a pesar de no evidenciarse en el contrato no ocurrió sino a partir de una revisión que realizase el Consejo de Estado francés sobre su jurisprudencia. El pliego de condiciones de una concesión se constituía en la única ley para las partes, siendo fundamental para el concedente tener el cuidado suficiente para consagrar de forma expresa las sanciones que se harían valer.

Sin embargo, esta idea fue modificada por la jurisprudencia partiendo de varios interrogantes que sin duda alguna solo surgen cuando se habla de un derecho público con finalidades totalmente diferentes: “¿es razonable afirmar que una obligación jurídica inscrita en un contrato carece de sanción? [...] ¿es razonable que en derecho público, en que se halla en juego el interés general, no exista sanción?” (Jèze, 1950, p. 16-17).

En Francia, los contratos de obra tenían un trato diferente a los contratos de concesión. En efecto, cuando de concesión se trataba, la jurisprudencia protegía ampliamente a los concesionarios; ya que, debido a su alta inversión, buscaban el respeto del plazo del contrato con el fin de recuperarla y en procedencia obtener ganancias. Es por ello que el Consejo de Estado francés, el 31 de mayo de 1907, manifestaba que “la caducidad es una sanción tan rigurosa que no solamente repugnará al concedente servirse de ella, sino que además no podrá obtenerla del juez en caso de silencio del contrato” (Jèze, 1950, p. 18). Este pronunciamiento jurisprudencial ratifica que, en ese momento, en los contratos de concesión no podía predicarse la existencia de la caducidad y que esta solamente podía ser declarada por el juez en el caso de haberse pactado.

Sin embargo, como un ligero matiz a lo anterior, en el mismo año, el Consejo de Estado francés declaró en uno de sus fallos que el juez del contrato administrativo, a pesar del silencio del contrato, podría condenar al contratista al pago de daños e intereses. Así, y en esa misma línea, la jurisprudencia fue constante y reiterada (Jèze, 1950). Como garantía para el contratista o ‘concesionario’, no se le puede aplicar por cualquier tipo de incumplimiento la máxima sanción denominada caducidad. No obstante es posible el pago de una indemnización, la cual es totalmente diferente a la terminación anticipada del contrato fruto de la mencionada caducidad.

A pesar de no permitirse la procedencia de la caducidad en los contratos de concesión cuando no era pactada la idea de reconocer el pago de unos perjuicios provenientes del incumplimiento de unas funciones que, aunque no estaban consagradas en el contrato, se evidenciaban en los pliegos de condiciones, constituyen un criterio inicial de garantía a favor de la administración. En el derecho francés no es posible predisponer unas causales de forma taxativa para la procedencia de la caducidad. Esta circunstancia generó indefectiblemente un amplio margen de discrecionalidad a favor de la entidad contratante. Sin embargo, se acepta la idea de que estas prerrogativas deben ser interpretadas “razonablemente” (Jèze, 1950, p. 80) puesto que una vez el contratista ha salido beneficiado o cargado con la concesión no se le puede despojar fácilmente del derecho que adquirió legítimamente al ganarse el proceso de selección.

Por tanto, se consideraron unas causales clásicas (no las únicas) para la declaratoria de la caducidad en Francia:

1º) el concesionario no ha comenzado los trabajos en la fecha fijada; 2º) el concesionario no ha terminado los trabajos en la fecha establecida; 3º) el concesionario ha interrumpido, durante cierto plazo, la explotación del servicio público.

El pliego de condiciones estipula también, ordinariamente, que el concesionario incurrirá en la caducidad “si no cumple las diversas obligaciones que le impone el presente pliego de condiciones”. (Jèze, 1950, p. 81)

Adicionalmente, a las causales anteriores, el incumplimiento de las obligaciones financieras del concesionario respecto al concedente es también un motivo de caducidad.

Lo anterior, deja en evidencia que no existe un listado concreto y taxativo que establezca las causales de procedencia de la caducidad puesto que dependerá en mayor medida de las obligaciones establecidas en el pliego de condiciones del contrato al igual que del grado de incumplimiento del contratista. Estas puntualizaciones estarán en cabeza de la administración quien termina decidiendo el contenido de los pliegos y del contrato.

Una referencia directa al debido proceso, y especialmente al derecho de defensa, queda en evidencia con la exigencia establecida por la jurisprudencia de requerir previamente al contratista antes de decretar la caducidad so pena de nulidad, salvo que exista una cláusula especial del acto de concesión:

el requerimiento no consiste únicamente, en materia de caducidad de la concesión de servicio público, en una intimación dirigida al concesionario. Es preciso que, luego de esta intimación, el concesionario no haya realizado todos los esfuerzos posibles para

cumplir sus obligaciones, o sea incapaz de explotar normalmente. La Administración, en consecuencia, al mismo tiempo que le dirige la intimación, debe dar un plazo razonable al concesionario, discutir con él sus propuestas. Sólo en último análisis deberá pronunciarse la caducidad. (Jèze, 1950, p. 91)

El derecho francés consagra la posibilidad de establecer una cláusula expresa en el pliego de condiciones, donde se pacte la renuncia de las partes al procedimiento previo del requerimiento. En este sentido bastaba con que se pactara la “caducidad de pleno derecho”, sin que sea necesario un ‘requerimiento’ (Jèze, 1950).

Es importante precisar que la caducidad es entendida por Jèze como la sanción más ‘enérgica’ del incumplimiento de las obligaciones del contratista, ya que desemboca en la rescisión del contrato por la falta cometida por este último. En varias ocasiones el derecho francés utilizó la palabra rescisión para definir el concepto de la caducidad administrativa, circunstancia que resultaba desacertada toda vez que la rescisión se puede presentar “sin falta del concesionario” (Jèze, 1950, p. 67). Es por eso, que la expresión caducidad redondea mejor el concepto y la significación. Finalmente, se asume la idea de que la caducidad es una “sanción de orden público” (Jèze, 1950, p. 74) por lo que encierra la finalidad del objeto de los contratos administrativos; los cuales estaban concentrados principalmente en la prestación de los servicios públicos. Al ser considerada como sanción de orden público, no es necesario que se encuentre pactada en el contrato para que pueda ser aplicada por la administración.

Para identificar el poder sancionador de la administración francesa hoy, nos remitiremos al capítulo VI del libro *Curso de derecho administrativo* de Jacqueline Morand-Deville. En dicho texto, la autora, analiza los contratos de la administración celebrados en el derecho francés.

Al momento de hablar de “la ejecución de los contratos administrativos” presenta las prerrogativas de la administración, haciendo referencia al derecho de sanción en los contratos administrativos. A pesar de que se destinan pocas líneas para tocar el tema, se hace ampliamente didáctico su contenido al clasificar las diferentes sanciones que puede aplicar la administración al igual que los requisitos para hacerlas efectivas.

Comienza analizando las “sanciones pecuniarias” (Morand-Deville, 2010, p. 477), las que cataloga como las más flexibles y las que comprende: (i) penalidades por retardo y (ii) multas e incluso daños y perjuicios.

Continúa, en orden de rigurosidad, planteando las sanciones “llamadas coercitivas” (Morand-Deville, 2010, p. 478); cabe señalar, que estas sanciones adquieren un alto grado de importancia puesto que el contrato “corre el riesgo de ser interrumpido

por el comportamiento falible del contratista". Así, la administración: (i) podrá sustituirse a su contratista equivocado o (ii) sustituirlo por un tercero a riesgo y costo del contratista. Es en estas medidas donde se hace referencia al secuestro de una concesión, la prosecución en los contratos de obra pública o la ejecución por defecto de un mercado público de suministro.

Igualmente analiza la sanción más grave, dándole el nombre de la rescisión (Morand-Deville, 2010), aclarando más adelante—tal como en su momento lo hizo Jèze— que se trata de la caducidad al ser una terminación del contrato producto del incumplimiento gravoso del contratista; por lo que en todo caso se identifica, como se dijo en principio, a una medida coercitiva. Morand-Deville (2010), utiliza la expresión "rescisión sanción" sin duda referenciada en varios pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado francés.

### **El rumbo tomado por Colombia: consagración legal de los poderes sancionatorios contractuales**

El Código Fiscal, expedido el 23 de noviembre de 1912, tuvo como reto principal el establecimiento de las reglas generales que deben observarse para la organización, administración y disposición de la hacienda nacional. Este importante estatuto, en su artículo 41, reglamentó nuevamente la cláusula de caducidad en los siguientes términos:

en todo contrato que se celebre en nombre del Estado, y que tenga por objeto la construcción de obras o la prestación de servicios, deben fijarse en él claramente los motivos que den lugar a que se declare por medio de providencia administrativa que el contrato ha caducado. Como causales de caducidad, además de las que el Gobierno tenga por conveniente establecer, en orden al exacto cumplimiento del contrato, deben figurar precisamente las siguientes: a). La muerte del contratista, en los casos en que ésta debe producir la terminación del contrato, conforme al Código Civil; y b). La quiebra del mismo, judicialmente declarada.

Esta disposición normativa, refleja que para la época los contratos administrativos estaban cargados de un fuerte poder discrecional por parte de la autoridad pública contratante debido a que ella tenía la facultad de establecer las causales de procedencia de la declaratoria de la caducidad. Esto, sin duda contrasta con las disposiciones normativas de la actualidad; las cuales buscan controlar el poder sancionatorio de la administración, estableciendo unos cauces a partir del debido proceso y el establecimiento de procedimientos administrativos a través del legislador. El único límite a la autoridad pública, era que dichas causales debían quedar preestablecidas en el contrato.

Pasaremos al análisis de algunas situaciones puntuales que permiten evidenciar el funcionamiento de la caducidad en la primera mitad del siglo XX en Colombia.

El artículo 41 del Código Fiscal impone que en todo contrato que se celebre en nombre del Estado, y que tenga por objeto la construcción de obras o la prestación de servicios, deben prefijarse claramente los motivos que den lugar a que se declare por medio de providencia administrativa que el contrato ha caducado. El mismo artículo previene que además de las causales que el Gobierno tenga por conveniente establecer, en orden al exacto cumplimiento del contrato, deben figurar precisamente las siguientes [...]. Por cuanto en el contrato que se estudia no se ha cumplido esta ordenación legal, pues no figura ninguna de las causales forzosas de caducidad, la Sala no puede declararlo ajustado a las autorizaciones legales. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, marzo 20 de 1915)

Este pronunciamiento jurisprudencial reitera el poder discrecional de la administración contratante a la hora de establecer las causales de procedencia de la declaratoria de caducidad.

También queda claro la fuerza de la autonomía de la voluntad en los contratos de la administración, ya que en dichos instrumentos de regulación podía pactarse el derecho de defensa: “en el contrato de 1919 se establecieron las causales de caducidad anotadas; pero también se dijo que la declaración de la caducidad podrá hacerla el Gobierno, y que antes debería oír a los contratistas en la defensa que éstos se hicieran” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, mayo 22 de 1922).

La Corte Suprema de Justicia, al pronunciarse sobre el deber de un contratista de soportar una declaratoria de caducidad, lo hace argumentando el compromiso voluntario de su autonomía:

como el civil, el contrato administrativo es una ley para las partes y obliga a todo lo establecido en él; pero por otros aspectos es distinto al civil, porque éste radica en la voluntad de las partes, mientras que en el administrativo, su espíritu se encuentra consignado en el servicio público. Es cierto que una vez realizado envuelve una norma convencional que debe respetarse, como lo exige la equidad, porque no por ser el Estado contratante dejan sus pactos de crear derechos perfectos para la otra parte. Pero el Estado puede, en virtud de la acción tutelar que ejerce para el mejor gobierno de los intereses que le están confiados, ejercer ciertas facultades, como la de declarar caducado el contrato, interpretarlo de acuerdo con las necesidades públicas. (Sentencia del 9 de diciembre de 1936)

Durante la construcción del ferrocarril de Zipaquirá, que se presentó en el siglo XIX, el Estado se vio en la obligación de decretar la caducidad del contrato a través de la Resolución No. 4 de 1925. Dentro de la motivación de dicha Resolución se

pueden evidenciar varias circunstancias que denotan las amplias potestades con las que contaba el Estado, no solo para hacer efectiva la declaratoria de caducidad tal como en la actualidad se presenta sino de las amplias facultades para establecer el contenido y alcance de la misma cláusula sancionatoria.

En los artículos 17 y 18 del mismo contrato se estipuló lo siguiente:  
Artículo 17. Caducará este privilegio en caso de que los concesionarios no llenen los compromisos contraídos en los artículos 5.º y 6.º del presente contrato, cuya caducidad podrá declarar el Poder Ejecutivo del Estado [...]. Por consiguiente, la no prestación de la fianza, que comprendía o respaldaba todas y cada una de las obligaciones o partes del contrato, daba lugar a la declaración de caducidad de éste por parte del Poder Ejecutivo, conforme a la facultad que expresamente se reservó en los artículos 17 y 18 de la convención (Procurador) [...]. Y aquí conviene recordar principios fundamentales de derecho que consagran la libertad de contratar o autonomía de la voluntad de las partes en asuntos de interés privado o que no afecten disposiciones de orden público y que como consecuencia dan al contrato legalmente celebrado el carácter de una ley para los contratantes, que deben ejecutar de buena fe y que los obliga no sólo en lo que en el pacto se expresa sino a aquellas cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, principios que el Código Civil acoge en los artículos 1602 y 1603. (Resolución No. 4 de 1925)

Lo anterior, permite demostrar que: (i) la cláusula de caducidad era de libre disposición de las partes y que (ii) tanto en el contrato como en los documentos previos, la autoridad contratante podría incluir causales de concreción de la sanción contractual.

En algunas ocasiones, la Corte Suprema de Justicia intentaba moderar el poder sancionador unilateral de la autoridad pública contratante. En sentencia de 09 de diciembre de 1936, se reitera que es el contrato como instrumento de regulación en el que deben quedar preestablecidas las causales de procedencia de la caducidad.

Es claro que la facultad de declarar caducados los contratos está sujeta a normas, pues las causales de caducidad deben ser únicamente las fijadas en el contrato y las que emanen de la ley, sin que puedan aplicarse otras por analogía.

Otro intento de moderar el poder de la administración es realizado por la Corte Suprema de Justicia, cuando circunscribe la procedencia de la caducidad a un incumplimiento de importancia.

La Caducidad es un medio estrictamente jurídico que el derecho administrativo concede a la entidad de derecho público, y tiene por objeto poner fin a las convenciones cuando el contratista o el concesionario incurra en incumplimiento de importancia. (Corte Suprema de Justicia, sentencia 09 de mayo de 1938)

Sin embargo esta postura es contradictoria puesto que, si miramos los anteriores pronunciamientos, es evidente que las causales para la procedencia de la caducidad pueden ser establecidas por la ley, estipuladas por las partes o impuestas por la administración siempre y cuando se evidencien en el contrato. Por lo tanto no parecía determinante que el incumplimiento fuera o no de importancia, ya que bastaba la inclusión de la causal en el contrato.

De las indagaciones realizadas en este período de tiempo, vemos: (i) se respeta la autonomía de la voluntad a la hora de pactar la caducidad del contrato administrativo; (ii) se le da una facultad adicional a la administración de establecer causales de manera unilateral para la procedencia de la caducidad; (iii) el derecho del contratista de actuar de forma activa en la producción del acto administrativo que ordene la caducidad, siempre y cuando se pacte en el contrato y (iv) la no definición con exactitud de los efectos de la declaratoria de la caducidad porque queda claro que el contrato termina, pero no que efectos jurídicos genera en cabeza del ya excontratista.

## **CONCLUSIONES**

El estudio histórico de la caducidad, como una de las sanciones unilaterales en cabeza de las autoridades contratantes, genera las bases de una discusión mucho más rigurosa con relación a la aplicación del debido proceso en las declaratorias de caducidad que se presentan hoy en día.

Lo primero que se resalta es que la teoría francesa de los contratos administrativos influyó profundamente la teoría colombiana. Esta situación se extendió a la figura de la caducidad donde se pueden extraer los siguientes elementos comunes: (i) el Estado podía suscribir contratos privados y públicos de la administración, siendo estos últimos los sujetos a la cláusula de caducidad; (ii) las partes podían estipular el contenido y alcance de la cláusula de caducidad, aunque la administración tenía la posibilidad de manera unilateral de incluir causales adicionales para la procedencia de la medida; (iii) la presencia de la cláusula de caducidad servía como un criterio para diferenciar los contratos privados de los públicos de la administración; (iv) la confusión de la caducidad (poder sancionatorio) con la terminación unilateral del contrato (poder no sancionatorio); (v) la caducidad es una herramienta de la autoridad contratante y no puede ser utilizada por el contratista a pesar de haber sido pactada de común acuerdo.

A su vez, nos permite evidenciar grandes diferencias que fueron marcadas por la evolución normativa en Colombia: (i) si bien en sus inicios, la teoría de los contratos administrativos en Colombia tuvo un desarrollo jurisprudencial muy similar a lo ocurrido en Francia, desde la primera mitad del siglo XX y a través de una producción asistemática de la normativa, Colombia fue adoptando un criterio legal

para los contratos públicos; (ii) en Francia era fundamental el derecho de defensa —contradicción— por parte del contratista hacia la entidad contratante, gracias a las interpretaciones judiciales. En Colombia, en la primera mitad del siglo XX, el contratista podría ejercer algún tipo de contradicción siempre y cuando quedara estipulado en el contrato; (iii) en Francia, la caducidad tomó tinte rápidamente como norma de orden público (aunque no se pactara se entendía incorporada al contrato) mientras que en Colombia tenía que ser estipulada.

Es importante resaltar que la caducidad es un poder de la autoridad contratante que le permite ejercer una función declarativa de incumplimiento grave dentro de un instrumento de regulación del cual es parte. Es decir, es juez y parte. En consecuencia, a partir de las leyes 1150 de 2007, 1437 de 2011 y 1474 de 2011, configuró un procedimiento tanto general como específico para que las autoridades expidieran los diferentes actos administrativos sancionatorios respetando el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

Ahora bien, los problemas hoy en día giran alrededor de determinar si el debido proceso que se aplica en el derecho administrativo sancionador de los contratos debe ser el mismo que se aplica en otros derechos del mismo corte tales como el disciplinario o el penal.

Sin duda alguna estos resultados históricos se convierten en una base fundamental para encontrar respuestas sólidas que no desconozcan el proceso histórico colombiano sobre la materia. Es evidente la dispersión en el desarrollo por lo que la investigación es significativa en la medida en que sistematiza, evidencia, discute y actualiza los debates dados en la época.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Giraldo, J. (2007). *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Bogotá, Colombia: Ediciones del Profesional Ltda.
- Jèze, G. (1950). *Teoría general de los contratos de la administración*. Buenos Aires, Colombia: Editorial Depalma.
- Loubadere, A. (1956). *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. Paris, France: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Loubadere, A. (1984). *Manual de derecho administrativo*. Bogotá, Colombia: TEMIS.
- Morand-Deviller, J. (2010). *Curso de derecho administrativo*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Saavedra, R. (2011). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- Santofimio, J.O. (2007). *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, L. (2015). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá, Colombia: TEMIS.