

LA PREVALENCIA DE LOS PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL, COMO PRIMER LÍMITE AL EJERCICIO DE LA DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL¹

THE PREVALENCE OF THE PRINCIPLES IN GOVERNMENT PROCUREMENT, AS THE FIRST LIMIT OF THE EXERCISE OF ADMINISTRATIVE DECLARATION OF STATE CONTRACT EXPIRATION

*Gerardo Orrego Lombana**

Resumen

Es normal escuchar que en Colombia la contratación estatal es una actividad eminentemente reglada, que se desarrolla a partir de normas que regulan cada una de las etapas del proceso contractual; pero decir esto es dejar de un lado la idea que brota por todos los rincones de la Ley 80 de 1993, consistente en que la contratación estatal en Colombia, como cuerpo jurídico dentro del ordenamiento de un Estado social de derecho, implica, en primer lugar, una fundamentación en materia de principios generales del derecho, toda vez que su desconocimiento en el tema de la contratación estatal conllevaría la nulidad del contrato estatal, y/o de los demás actos administrativos que se creen en razón del proceso contractual, como sería el caso de la nulidad del acto por medio del cual se declara la caducidad o se ejerce otra de las potestades excepcionales del contrato estatal. Esto permite inferir que los principios son el primer límite para la aplicación de dichas cláusulas.

Palabras clave: Contrato estatal; Principios; Constitución; Debido proceso; Responsabilidad; Nulidad; Caducidad administrativa

¹ Artículo producto de investigación del proyecto “Límites jurídicos a las cláusulas exorbitantes del contrato estatal”, Universidad de Medellín. Maestría en Derecho. Cohorte II.

*Aspirante al título de Magíster de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Administrativo. Abogado. Experiencia Docente: Fundación Universitaria Luis Amigó; Universidad de Medellín y Corporación Universitaria Remington. Medellín-Colombia.

Fecha de recepción: 16 de octubre de 2012 - Fecha de aprobación: 10 de diciembre de 2012.

Abstract

It is common to hear that government contracts in Colombia is predominantly regulated activity, which was developed from rules governing each of the stages of the contracting process, but say this is one stop away from the idea that comes from all corners of the law 80 of 1993, which is that government contracts in Colombia, as legal body within the order of a social state of law, involves first, a foundation in general principles of law, since the ignorance of these on the subject of government contracting, can lead to the invalidity of the state contract, and / or other administrative acts to be created because of the contractual process, as in the case of the invalidity of the act by which declared forfeited or exercised other powers of the state contract exceptional, so are the principles the first limit the application of such terms.

Key words: State contract; Principles; Constitution; Due process; Liability; Invalidity, contract expiration.

INTRODUCCIÓN

Los principios en la contratación estatal, algunas veces, son abordados como unos meros criterios auxiliares de interpretación, sin otorgarle mayor relevancia a los mismos en lo que atañe a su aplicación en cada una de las etapas del proceso contractual. Es pertinente demostrar cómo, en virtud de nuestra actual Constitución, dicho pensamiento ha de ser superado, máxime si la misma jurisprudencia del Consejo de Estado le ha concedido tanta fuerza a los principios constitucionales como normas de aplicación inmediata y como desarrollo al mandato constitucional, tal y como se verá a lo largo de este escrito.

El presente artículo busca evidenciar, con fundamento normativo y jurisprudencial, la prevalencia de los principios en materia de contratación estatal, circunscritos, eso sí, a casos específicos de la legislación colombiana, pero sin pretender hacer un tratado de principialística ni refutar o crear alguna teoría sobre la naturaleza de los principios generales del derecho.

Se busca que el presente escrito sea una base para futuras investigaciones que profundicen sobre la prevalencia de los principios en materia de contratación estatal, ya que el presente artículo enfocará esa prevalencia únicamente en lo que respecta a los límites de la aplicación de la caducidad administrativa del contrato estatal; límite que se constituye por la obligación de respeto a los Principios Generales del Derecho, generado por el mandato constitucional enunciado en el artículo 4 de nuestra Carta Suprema en el que se incorpora el principio de la prevalencia de las normas constitucionales sobre las demás normas del orden interno.

LA PREVALENCIA DE LOS PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

El nacimiento del Estado de derecho implicó la aparición de dos grandes principios: el de legalidad y el de responsabilidad. En este sentido, dejamos de hablar de la existencia de Estados absolutos en los cuales la vida y los bienes de las personas le pertenecían al rey, quien podía usar y abusar de ellos siempre que así lo quisiera, debido a que sus mandatos le

eran aplicables a todas las personas, menos a sí mismo. De esta forma, el Estado de derecho le impuso a los gobernantes, y en este sentido también, al mismo Estado, la obligación de respetar el ordenamiento jurídico, so pena de predicar de él la responsabilidad que se derivara del irrespeto a la ley. Aun así, los principios en el Estado de derecho no iban más allá de un mero concepto de normas programáticas, que sólo tenían aplicación en la medida de la importancia que le dieran los integrantes del órgano legislativo en el momento de crear las leyes.

Con la aparición del Estado social de derecho, múltiples conceptos primigenios del Estado de derecho también cambiaron, como la posición que habrían de ocupar los principios dentro del ordenamiento jurídico. Con este esquema debemos considerar que el ordenamiento jurídico no está compuesto solamente de normas-reglas, sino que, también, está integrado por normas-principios, que son normas jurídicas que carecen de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica y que no van más allá de la orden del respeto y la realización de dicho principio, cuyo contenido específico sólo se puede ver en el caso concreto. Ahora, tal y como lo expresa el Dr. Zagrebelsky, distinguir entre principios y reglas significa distinguir entre la Constitución y la ley. De acuerdo con lo que enuncia el artículo 4 de la Constitución Política de Colombia, las normas constitucionales prevalecen sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, de donde podemos deducir que los principios prevalecen sobre las reglas, inclusive, en lo que al tema de contratación estatal se refiere, toda vez que no existen motivos por los cuales habría de tratarse esta materia de una forma distinta al que tienen las demás especialidades del derecho.

En igual sentido, también cabría destacar que existen corrientes, como la de Sergio Estrada Vélez (2006), que consideran que todos los principios, estén dentro de la Constitución o no, tienen carácter constitucional porque hacen parte del bloque de constitucionalidad. Por esta razón sería irrelevante distinguir entre principios constitucionales y principios legales, sólo por el documento al que los mismos se han incorporado.

Si se mira el estatuto de la contratación estatal desde una óptica más neoconstitucionalista, se observa que dicha norma, desde su primer artículo, expresa que el tema de la contratación estatal en Colombia no es una

materia que se reduce sólo a la aplicación de normas de procedimiento de selección del contratista y a las demás normas técnicas que se consagran en dicho estatuto, también indica que han de tenerse muy presentes los principios como normas rectoras que deben guiar los procesos contractuales, y es por ello que el estatuto de la contratación estatal, en su primer artículo, resalta que dicha ley tiene por objeto disponer, además de las reglas, los principios que han de regir la contratación de las entidades estatales. Es evidente que el estatuto de la contratación estatal pareciera diferenciar la existencia de dos tipos de normas: los principios y las reglas de la contratación estatal.

La aplicación de los principios en materia contractual va más allá de la mera selección objetiva del contratista, es decir, los principios generales del derecho, los que hagan parte de la Constitución o de una ley, han de ser apreciados en todas las etapas de la contratación estatal y no sólo en el momento de la selección del contratista. Es decir que, postulados como la buena fe, la prevalencia del interés general, el debido proceso, la transparencia y la responsabilidad, entre otros, deben ser desplegados en cada una de las etapas del trámite contractual.

Si bien es cierto que la ley 80 de 1993 indica de forma expresa cuáles son los principios que tienen aplicación en esta materia, en ningún caso ello puede entenderse como una negación de los demás principios del ordenamiento jurídico que no estén comprendidos en la ley 80, toda vez que dichos principios, por hacer parte del bloque de constitucionalidad, (Estrada, 2006), hacen parte de la misma Constitución que prevalece frente a las demás normas del orden interno. Aun así, es menester indicar que el estatuto de la contratación estatal considera que son principios aplicables a la contratación estatal los enunciados en el artículo 23 de la ley 80 de 1993, que dice así:

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

En la norma transcrita se advierte una confusión entre lo que es una regla y lo que es un principio, ya que, si bien la titulación que se le da al artículo en mención pareciera referirse sólo a los principios que rigen la contratación estatal, se encuentra que también habla de las reglas de interpretación de la contratación, normas que no son más que reglas, como su mismo nombre lo indica. Aun así, podemos decir que dicho artículo normativo, además de referenciar los principios generales del Derecho, indica que también serán aplicables, a los procesos de contratación del Estado, los principios de la función administrativa, los principios del derecho administrativo y los principios especiales de transparencia, economía y responsabilidad que desarrolla la Ley 80 de 1993.

Si bien en dicha enunciación normativa pareciera que se describen los principios generales del derecho como una categoría aparte de los demás grupos de principios, considero que todo principio en sí mismo es un principio general del derecho, porque el derecho es uno e indivisible, y que muy a pesar de que tenga especialidades, las normas que se generen en cada una de esas especialidades debe estar en coherencia con los principios que fundamentan el ordenamiento jurídico.

A la contratación estatal se han de aplicar todos los principios establecidos en el cuerpo de la Carta Constitucional, por mandato directo del artículo 4 de la Constitución Política, que prevé que ella es norma de normas y que, como tal, sus normas son de aplicación inmediata. Por tal razón, en la contratación estatal se deben observar todos los principios aplicables en el ordenamiento jurídico colombiano.

Debido a la dificultad que implica enunciar todos y cada uno de los principios que le serían aplicables a los procesos de contratación estatal, nos limitaremos a enunciar algunos de los que se aplicarían en la contratación estatal, para establecer que su desconocimiento no sólo puede afectar la validez de los actos precontractuales, o del contrato estatal mismo, sino que, también, se convierten en un límite para el ejercicio de las potestades excepcionales del contrato estatal; más aún, si se tiene en cuenta que de la enunciación o del estudio de un principio se desprenden otros, dada la característica de interrelación que existe entre los principios como pilares que son de un mismo ordenamiento jurídico; en este

sentido, describiré cómo los principios son el primer límite para el ejercicio de las facultades exorbitantes del contrato estatal, con el desarrollo de los principios de responsabilidad, de prevalencia del interés general y del debido proceso.

EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

El principio de responsabilidad es uno de los primeros que se enuncian en nuestro ordenamiento jurídico y, como lo dijimos con anterioridad, es uno de los pilares del Estado de derecho mismo y que, por ende, también es pilar del Estado social de derecho,

El artículo 6 de la Constitución Política de Colombia indica que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”; y, de otra parte, el artículo 90 del mismo cuerpo normativo indica que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

El principio de responsabilidad está consagrado en el artículo 3 de la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que entró a regir a partir del segundo semestre del 2012), en el que se indica que las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos; se recalca lo ya antes dicho por la Constitución en el sentido de que la responsabilidad de los servidores públicos se genera no sólo por su actuar contra derecho, sino, también, por su conducta omisiva o por la extralimitación en sus funciones.

En cuanto a la Ley 80 de 1993, es menester indicar que dicho estatuto, en su artículo 26, cita algunos eventos en los cuales se han de predicar la responsabilidad de los funcionarios públicos y de los contratistas, pero es oportuno indicar que dicha responsabilidad no sólo es predicable para los eventos consagrados en el artículo 26 del mencionado estatuto contractual, sino que se ha de predicar responsabilidad siempre que de

un actuar, de una omisión o de una extralimitación se produzcan consecuencias antijurídicas. El concepto del principio de responsabilidad predica responsabilidad de la administración cuando, con su actuar, produce algún daño injustificado en cabeza del contratista, y también es predicable dicha responsabilidad por parte del contratista cuando, con su actuar, crea perjuicios a la administración y quedan facultados, uno u otro, para el cobro de los perjuicios ocasionados por el actuar contra derecho de la otra parte del contrato.

Son múltiples los eventos en los que se habla del principio de responsabilidad en la contratación estatal, como lo es en materia disciplinaria, en lo penal, en lo fiscal, entre otras; pero también se hace referencia al principio de responsabilidad del Estado en el ámbito de la responsabilidad contractual, como es el caso de la responsabilidad del Estado generada por el hecho del príncipe, entre otros casos similares, que se mencionarán, pero sobre los cuales no se profundizará más allá de lo que atañe al tema del ejercicio de las potestades excepcionales del contrato estatal y teniendo en cuenta que del principio de responsabilidad se desprenderá otra serie de principios que, a su vez, son límites como principios que son, para el ejercicio de las potestades excepcionales del contrato estatal como los postulados del equilibrio contractual y de la excepción de contrato no cumplido.

La normativa referida a la contratación con el Estado indica que en la relación contractual entre la entidad estatal y el contratista, debe existir un equilibrio en la contratación que consiste en el mantenimiento de las condiciones económicas y financieras en el momento de proponer o contratar, es decir, al contratista se le deben mantener las condiciones con las que él presentó la propuesta, toda vez que, de haber sido distintas dichas condiciones, la propuesta también lo habría sido. Pero este equilibrio se rompe por la ocurrencia de los hechos generadores del concepto de “la imprevisión” o por la ocurrencia del “hecho del príncipe”. Por tal razón, es necesario indagar en qué eventos ocurre uno u otro caso.

Para aludir al principio de la responsabilidad del Estado, con un enfoque en el principio del equilibrio contractual, es menester aclarar que la teoría del hecho del príncipe antes mencionada es utilizada comúnmente

con diversas acepciones: una en sentido lato y otra en sentido estricto, depende de si se considera que el hecho proviene de cualquiera de las entidades del Estado o si proviene de la entidad contratante. El Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez (2008) ha manifestado que:

En sentido lato, la expresión “hecho del príncipe” se refiere a toda intervención de los poderes públicos, es decir, de cualquier órgano del Estado que afecte de cualquier forma, ya sea de manera directa o indirecta, la ejecución del contrato...

(...) La teoría del hecho del príncipe... nació para corregir las consecuencias de aquellas intervenciones de los poderes públicos que tuvieran por efecto afectar, con medidas generales, las condiciones jurídicas o de hecho conforme a las cuales el contratista ejecuta su contrato... el hecho del príncipe concierne a las medidas que no tienen por objeto realizar directamente la prerrogativa modificatoria, pero que inciden o repercuten sobre el contrato, haciendo que su cumplimiento sea más oneroso (...)

(...) En cambio, en sentido estricto, la expresión, que también se conoce como “hecho de la administración”, designa los actos provenientes de la autoridad pública contratante que, sin tener por objeto el contrato, generan efectos sobre el mismo en cuanto a las condiciones de su ejecución.

Ahora, es necesario desligar el concepto del “hecho del príncipe” de lo que es la “responsabilidad contractual” de la entidad contratante, debido a que mientras del “hecho del príncipe” se deriva de la ocurrencia de actos de carácter general por parte de la administración, es decir, de actos que están dirigidos a toda la comunidad, la “responsabilidad contractual” de la entidad contratante está enfocada a los actos de naturaleza particular, tales como la modificación o interpretación unilateral del contrato. Es por esto que el Consejo de Estado, en sentencia del veintisiete (27) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992), de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con ponencia del consejero Carlos Betancur Jaramillo, definió la fuente de la responsabilidad del Estado por el hecho del príncipe en el siguiente sentido:

Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, como sería, entre otros, el conocido doctrinariamente como hecho del príncipe y determinante del área administrativa. Hecho, siempre de carácter general, que puede emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Es-

tado. Si el hecho es de carácter particular y emana de la entidad pública contratante, su manejo deberá enfocarse en función de la responsabilidad contractual y no en razón de la teoría indicada. La medida estatal debe ser de carácter general con incidencia en la ecuación financiera del contrato considerada a la fecha de la celebración del mismo, de tal modo que si la afecta o quebranta en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista porque hace más onerosa su ejecución, la entidad contratante deberá asumir el riesgo de su restablecimiento.

Así mismo, es diferente la imputación por la “teoría del hecho del príncipe”, a la imputación de responsabilidad del Estado por la “teoría de la imprevisión”, porque la primera hace referencia a situaciones ajenas a las partes, con ocurrencia posterior a la celebración del contrato, que hacen más gravosa la ejecución del mismo. La característica fundamental de la imprevisión es que la misma no se deriva de la voluntad de las partes, como sí ocurre en la teoría del hecho del príncipe. Son múltiples los posibles eventos de la imprevisión: la guerra, una crisis económica, un hecho natural catastrófico, entre otros.

De igual forma, también se diferencian “el hecho del príncipe” y la “teoría de la imprevisión”, en que las consecuencias para la administración serán distintas, ya que mientras que en el hecho del príncipe se condenará a la entidad contratante a resarcir al contratista los mayores costos que le produjo la medida administrativa, junto con el lucro cesante, es decir, junto con aquello que el contratista dejó de percibir por la actuación de la administración; en la teoría de la imprevisión, a la entidad contratante sólo se le deberá condenar al pago de los mayores sobrecostos en los que incurrió el contratista como consecuencia del hecho perturbador; pero nada se indica sobre el lucro cesante en el que pudo incurrir el mismo; esta medida es justa, toda vez que en la imprevisión el hecho es ajeno a la voluntad de la administración, por lo que se deberá resarcir el equilibrio del contrato pero sin castigar a la administración por un hecho exógeno a la misma.

El principio de responsabilidad, como principio fundante del Estado de derecho, no se agota, como ya se dijo, en los eventos resaltados en el artículo 26 de la ley 80 de 1993, debido a que en dichos casos ni siquiera se toca el tema de la aplicación o ejercicio de las potestades excepcionales del contrato estatal, pero se debe mencionar, que si de la ejecución de

alguna de las cláusulas exorbitantes del contrato estatal se genera algún perjuicio injustificado, se predicará la responsabilidad de la administración y la misma deberá indemnizar los perjuicios causados; como sería el evento en el que se declare la caducidad del contrato cuando el mismo está cercano a su terminación; o en el caso en el que la interpretación unilateral del contrato, por parte de la administración, sea contra derecho y ello deje perjuicios económicos en el contratista; o cuando se abuse de las multas que se pueden imponer al contratista, entre otros eventos.

De igual manera, la administración no podrá ejercer las facultades exorbitantes del contrato estatal como las multas, la caducidad y la sanción pecuniaria, cuando la misma administración, ya sea por el hecho del príncipe, por hechos imprevistos o por eventos de responsabilidad contractual, es quien ha dado lugar a la ocurrencia de los eventos sobre los cuales habrá de aplicar dichas cláusulas; eventos en los cuales, se habrá de predicar la responsabilidad de la administración y será ella quien deba resarcir los daños causados; y en el evento de ejercer las potestades exorbitantes la administración será obligada a resarcir todos los perjuicios que cause con dicha conducta, muy a pesar de que objetivamente se configuren las causales para el ejercicio de dichas potestades, toda vez que dichos supuestos nos son imputables al contratista.

El principio de responsabilidad, enfocado desde la ejecución del contrato estatal, también tiene una fuerte relación con el principio contractual conocido como “excepción de contrato no cumplido”, consagrado en el artículo 1609 del Código Civil, según el cual “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora si deja de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”; de donde se desprende, y por más obvio que parezca, que si la administración no ha actuado con diligencia en la relación contractual, ella no está facultada, en principio, para ejercer las potestades excepcionales consagradas en la Ley 80 de 1993, ya que, por razones de simple equidad, la administración no puede obligar al contratista a cumplir si ella ya ha incumplido sus obligaciones como parte contratante, o si, peor aún, como se indicó anteriormente, ha sido ella quien ha generado el incumplimiento del contrato por parte del contratista.

Es en este sentido que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del trece (13) de septiembre de dos mil uno (2001), radicado número 12.722, con ponencia de la consejera María Elena Giraldo Gómez, expresó que:

La Administración tiene la facultad de ejercitar los poderes exorbitantes que le concede la ley, cuando se cumplen los supuestos previstos al efecto; el incumplimiento del contratista es supuesto del ejercicio de unos de esos poderes. En el evento de que se prueben las condiciones que configuran la excepción de contrato no cumplido a favor del contratista, se desdibuja el incumplimiento del contratista que justifica el ejercicio de algunos de los poderes exorbitantes, como lo son la declaratoria de incumplimiento, la caducidad del contrato, la imposición de multas, etc.; toda vez que, conforme lo establece el artículo 1609 del C.C., el contratista no está obligado a ejecutar sus prestaciones cuando la otra parte incumplió las propias. Se tiene entonces que cuando se cumplen los supuestos de hecho que representan la existencia real de la excepción de contrato no cumplido, y se concluye que el contratista no estaba obligado a cumplir la prestación que pendía de un comportamiento contractual de la Administración, ésta pierde la facultad de declarar el incumplimiento del contrato o la caducidad del mismo, si el motivo determinante de esta decisión lo era precisamente el incumplimiento del contratista.

EL PRINCIPIO DE LA PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL SOBRE EL PARTICULAR

Una de las bases de un Estado social de derecho, es el hecho de que prevalece el interés general sobre el particular, tal y como lo mandan multiplicidad de normas positivas en la Constitución Política de Colombia y en la ley 80 de 1993; y más específicamente el artículo 1 de nuestra Carta que indica que Colombia es un Estado fundado en la prevalencia del interés colectivo, por lo que, en palabras del constituyente en el artículo 58, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

El principio de la primacía del interés general consiste en que la causa de la contratación estatal, y los fines de la misma, deben estar orientados hacia el logro de los fines del Estado, hacia la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines, como lo dispone el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

La causa misma del contrato estatal la conforma el interés general y se recalca que el interés general es la causa y el efecto del contrato estatal (Vélez, 2003); el ejercicio de las potestades excepcionales de la contratación estatal también han de tener como causa, y como fin, el interés general.

El contrato estatal también debe contar con una causa lícita cuyo fundamento, como ya se expresó, es la búsqueda del interés general; ello so pena de adolecer de una falsa motivación que llevaría al vicio de nulidad del contrato y, por lo tanto, susceptible de ser declarado nulo de acuerdo con lo enunciado por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Al igual que el fin del contrato estatal, la causa del mismo debe estar inspirada en las necesidades sociales y en el interés de satisfacción de las mismas, que, como ya se dijo, también aplica para la expedición de los actos administrativos que se deriven del ejercicio de las facultades exorbitantes de la contratación estatal.

La causa lícita es uno de los presupuestos de validez del acto administrativo y la declaratoria de alguna de las cláusulas exorbitantes del contrato estatal es un acto administrativo. El contrato estatal es un acto administrativo bilateral y a estos actos se le exige que tengan una causa lícita. En este sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección "b", en sentencia del cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), radicado 11.370, con ponencia del consejero, Dr. Silvio Escudero Castro, manifestó que:

La causa es un elemento esencial de los actos administrativos que está constituida por la representación y valoración que el sujeto titular del poder administrativo hace de unos hechos, que lo impulsan a declarar su voluntad y a generar con ella determinados efectos jurídicos". La causa, entonces, gravita en la apreciación que el agente público hace de los hechos. La comprobación de la causa o la estimación de dicho presupuesto fáctico, no solo atañe a la administración, sino también a la jurisdicción. Cuando la representación y valoración de los hechos concuerda con la realidad y cuando la preceptiva jurídica determina las condiciones, que son aplicadas adecuadamente, para la apreciación de ciertos hechos, la causa del acto administrativo será regular y legal. A contrario sensu, si la declaración de voluntad se fundamenta en hechos que no existieron, que fueron diferentes a como los presenta el sujeto titular del poder administrativo, el elemento causal del acto se encontrará viciado.

En igual sentido, teniendo presente que el interés que se persigue con la contratación estatal no es el del lucro de la entidad estatal ni mucho menos el lucro de algún servidor público, es menester indicar que el contrato estatal se debe celebrar con el objetivo de dar cumplimiento a los fines establecidos por la misma ley 80 de 1993, la cual, en su artículo 3 indica con claridad cuáles son los fines de la contratación estatal en Colombia: el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

No sobra resaltar que los fines del Estado son, entre otros, los enunciados en el artículo 2° de la Constitución Política de Colombia, es decir: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional; mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; además de la protección de las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, demás derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, que, en pocas palabras, son resumidos en el logro del interés general.

De esta forma, cabe decir que todo acto administrativo por medio del cual se ejerza alguna de las facultades excepcionales del contrato estatal que no tenga por fin el logro del interés general, sino que busca un interés particular, ya sea político, económico o de otra clase, adolecerá de nulidad por desviación de poder, y como tal, podría ser declarado nulo, con la consecuente declaración de responsabilidad de la entidad pública y del funcionario creador del acto impugnado.

EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

El principio del debido proceso es un postulado constitucional que se extiende por todo el ordenamiento jurídico y debe ser tenido en cuenta, tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas, según lo consagra el artículo 29 de la Constitución Política.

En virtud del principio del debido proceso, de acuerdo con lo indicado por la Ley 1437 de 2011, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción; de esta forma es que se debe entender que no sólo basta con aplicar el debido proceso en lo que atañe a la selección del contratista, sino que, también, se debe respetar este principio en todos los ámbitos de desenvolvimiento de la ley contractual, ya que el debido proceso implica el derecho de defensa y de contradicción que deben ser observados en diversas etapas, como cuando se le da aplicación a alguna de las cláusulas exorbitantes del contrato estatal, pero sin restringirlo, como pareciera indicar la Ley 1150 de 2007, en su artículo 17, a la mera materia sancionatoria en la aplicación de las multas del contrato y en la aplicación efectiva de la cláusula penal pecuniaria, porque dicho postulado también debe ser observado en el momento de ser ejercida alguna de las otras potestades excepcionales del contrato estatal, como es el caso de la declaratoria de caducidad del contrato estatal, que es uno de los eventos no contemplados en la redacción del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, pero posteriormente recogido por la ley 1474 de 2011 y el Decreto 734 de 2012.

La máxima del debido proceso como límite a la aplicación de la potestad exorbitante de declaratoria de caducidad del contrato estatal: como es bien sabido, la Ley 80 de 1993 estableció, en su artículo 18 la cláusula de caducidad como aquella facultad o potestad exorbitante de la administración pública para dar por terminado el contrato estatal celebrado cuando, con el incumplimiento de las obligaciones que están a cargo del contratista, se afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencie que dicho incumplimiento puede conducir a su paralización.

El Decreto 734 de 2012, promulgado en el mes de abril del mismo año, estableció que el proceso adecuado para aplicar la caducidad del contrato estatal es el establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; pero antes de la expedición de dicha norma no existía un proceso determinado que estableciera un procedimiento para ejercer la facultad exorbitante en mención. En este orden de ideas, se preguntaba el mundo académico del derecho colombiano (antes de la entrada en vigencia del Decreto nacional

734 de 2012), si debido a que la cláusula de la caducidad administrativa del contrato estatal es una potestad excepcional a aquellas que se otorgan a los contratantes en el derecho común, era necesario, en el momento de ser aplicada, respetar el debido proceso como principio rector constitucional, o si la misma era aplicable sin la necesidad de desarrollar procedimiento alguno, dado que es una facultad excepcional de la administración pública y la Ley 80 de 1993 no estableció un procedimiento para ello.

En la contratación estatal se presentan dos intereses, de una parte el del contratista que busca una mera utilidad económica, en la generalidad de los casos; mientras que, de otra parte, está el interés de la administración pública, que busca la prestación adecuada de un servicio y, por lo tanto, el logro del interés general. (Palacio, 2004).

De existir un conflicto entre el interés de la entidad pública y el interés individual del contratista, que por lo general no va más allá del lucro económico que el contrato le pueda representar, debe prevalecer el interés de la entidad pública, toda vez que es la entidad estatal quien representa el interés general, especialmente cuando el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia establece que “Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

De otro lado, del incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista se derivan dos males como la parálisis del contrato y la no realización de los fines que con él se persiguen, por lo que la ley privilegiará el interés general y aceptará la terminación como medida extrema para salvaguardar el objeto del contrato.

De este modo, la Corte Constitucional colombiana, en Sentencia T-569 de 1998, cuando hizo referencia al tema que nos ocupa, manifestó que la potestad para declarar la caducidad de un contrato estatal era una prerrogativa que se le había otorgado al Estado para dar por terminado un contrato celebrado por una entidad estatal, dada la grave afectación presentada por el incumplimiento de las obligaciones del contratista y con el fin de garantizar “que el interés general involucrado en el contrato mismo no se afecte porque, de hecho, se lesiona a la comunidad en general”.

Cabe destacar que la búsqueda del interés general no se debe entender como una decisión contra-minoritaria, en la cual las mayorías, en la búsqueda de un interés general, afectan principios constitucionales como el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Magna colombiana. Es preciso volver sobre el concepto de democracia en la concepción enseñada por Luigi Ferrajoli (2009), quien considera que la democracia tiene dos aspectos o dimensiones: el primero de ellos la dimensión política, entendida como aquella de la que se deriva la producción legislativa a partir de la representación de las mayorías, es decir, es el aspecto que evidencia el interés de las mayorías representadas a través de los órganos de elección popular y, en especial, en el órgano legislativo; y un segundo aspecto, que es la dimensión sustancial que vincula el desarrollo legislativo sobre los derechos fundamentales.

Es pertinente expresar que, muy a pesar de que la ley 80 de 1993 no consagró un proceso determinado para la declaratoria de la caducidad del contrato, y que por el contrario, pareciera decir con la redacción del artículo 18 de dicha disposición, que el uso de dicha potestad era absolutamente unilateral, se debe tener presente que el desconocimiento de los derechos fundamentales del contratista en el momento de ser declarada la caducidad del contrato estatal, y en especial el desconocimiento de su derecho al debido proceso, evidencia una total decisión antidemocrática y se convierte en una obligación de la entidad contratante que la declaratoria de caducidad esté precedida de un procedimiento administrativo a través del cual se resguarde el derecho al debido proceso del contratista y, más específicamente, sus derechos de defensa y contradicción, tal y como lo consagró el artículo 5.1.13 del decreto 734 de 2012.

Téngase en cuenta que es un postulado de la función administrativa que sólo se tome una decisión cuando se haya dado la oportunidad al interesado de expresar sus opiniones; por tanto, el debido proceso se vulnera cuando no se cumple el procedimiento que establece la ley, a través del cual se le da la posibilidad a las partes interesadas de exponer sus ideas. (Lamprea, 2007).

El Consejo de Estado en reiteradas sentencias, y tal vez en una de las de mayor trascendencia, la del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010), con ponencia de Ruth Stella Correa Palacio, expresó que:

Los límites materiales para el ejercicio de la potestad de declarar la caducidad de un Contrato Estatal son: (i) el incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del contratista (lo cual excluye el incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes); (ii) que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato (esto es, no basta el sólo incumplimiento sino que éste debe ser de tal magnitud que haga nugatorio el cumplimiento de las prestaciones del contrato); (iii) que evidencie que puede conducir a su paralización (es decir, que tenga la virtualidad de impedir el cumplimiento del objeto contractual); (iv) que no medie un incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública o ésta no haya puesto al contratista en situación de incumplimiento, y (v) que su aplicación esté precedida de audiencia del contratista, puesto que el ejercicio de tamaño poder de la Administración, que la sitúa en una posición privilegiada o de superioridad (*potentior personae*), debe respetar los derechos constitucionales al debido proceso y las garantías que él comprende, en especial, el derecho de defensa de los afectados con esta medida de excepción (art. 29 C.P.).

No se salvaguarda el derecho fundamental al debido proceso con los requerimientos que se hagan al contratista frente a su incumplimiento contractual, sino que se hace necesario iniciar el trámite de procedimiento administrativo por medio del cual se garantice el derecho de defensa del contratista, pero que también permita la salvaguarda del interés general, en lo que hace referencia a la continua prestación del servicio público objeto del contrato estatal, trámite que fuere consagrado por el Decreto 734 de 2012 en su artículo 5.1.13, que hace una remisión expresa al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Se debe dar la oportunidad al contratista de ser oído y que presente las pruebas que sean del caso, con las que pretende defenderse, para que con ello se dé cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 29 de la Constitución Política cuando hace referencia al derecho al debido proceso; más aún si se entiende que el derecho al debido proceso tiene un nexo directo con el concepto de democracia constitucional y cuando dicho principio ha sido sancionado con rango constitucional directamente para que imponga límites y vínculos a la legislación y a la administración en el momento de aplicar dichas leyes.

A pesar de la consagración expresa de un proceso determinado para la declaratoria administrativa de la caducidad del contrato estatal (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, remitido por el Decreto 734 de 2012), aún existen problemáticas que surgen frente al procedimiento para el ejercicio de la potestad exorbitante en mención; asuntos que se deberán decantar a través de la doctrina y la jurisprudencia, tales como ¿cuáles son los términos mínimos y máximos con los que debe contar el contratista para la formulación de los descargos? ¿Cuál es el término del período probatorio? Y otros interrogantes que se suplieron con la redacción del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

CONCLUSIÓN

Son múltiples las funciones que tiene los principios dentro de nuestro ordenamiento jurídico, las cuales podríamos agrupar en las siguientes: 1) ser fundamento de todo el ordenamiento jurídico, 2) ser directrices para la aplicación de las normas reglas y 3) ser fuente integradora del derecho; o, en otras palabras, los principios tienen tres funciones que conforman su base: la función creativa, interpretativa e integradora del derecho (Valencia, 2000).

Es menester resaltar que los principios son el fundamento de las normas-reglas que existen en el ordenamiento jurídico, y que como tales son los postulados que se han de cumplir para el logro de los fines de la contratación estatal que, en últimas, no son más que aquellos mismos fines del Estado, establecidos por la Constitución Política. De esta forma, desconocer los principios de la contratación estatal, conlleva, en sí mismo, desatender los fines estipulados para la contratación estatal, lo cual, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 24 del estatuto contractual, implica la existencia de desviación o abuso de poder por parte de las autoridades de la entidad contratante.

Ahora, es pertinente aclarar que, de celebrarse un contrato estatal con el desconocimiento de los principios generales del derecho y en es-

pecial los de la contratación estatal, lleva a una desviación de poder y se reduce a predicar que el contrato se ha celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal consistente en la obligación de las autoridades de no actuar con desviación o abuso de poder, tal y como se indicó con anterioridad.

Ejemplo de la importancia de los principios en el ámbito de la contratación estatal es lo expresado por el Consejo de Estado, en sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011), de la Sección Tercera, subsección c, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de la magistrada Olga Mélida Valle de la Hoz, con radicación número 17.767, en la que se expresa:

Al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la Contratación Estatal. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez.

De otra parte, y como ya se indicó antes, también es predicable la nulidad de los actos administrativos distintos del contrato estatal, cuando se desconocen los principios, toda vez que, expresa el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), se puede predicar la nulidad de los actos administrativos que infrinjan las normas en las que deberían fundarse; por lo que queda demostrado que la prevalencia de los principios se configura en el primer límite al ejercicio de las potestades excepcionales del contrato estatal, so pena del vicio de nulidad de que adolecería el acto administrativo por medio del cual se ejerzan dichas potestades, si con dicha actuación se desconocen los principios generales del derecho.

REFERENCIAS

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992). Consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección "b", sentencia del cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), radicado 11.370, Consejero ponente Silvio Escudero Castro.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del trece (13) de septiembre de dos mil uno (2001), radicado número 12.722. Consejera ponente María Elena Giraldo Gómez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010), radicado número 18.394. Consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección c, sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011), radicado número 17.767. Consejera ponente Olga Mérida Valle de la Hoz.
- Estrada, S.I. (2006). *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- Expósito, J.C. (2003). *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratista*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2005). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta.

- Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- Lamprea, P.A. (2007). *Contratos Estatales*. Bogotá: Editorial Temis.
- Ospina, G. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Sexta edición. Bogotá: Editorial Temis.
- Rodríguez, L. (2008). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.
- (2010). *Estructura del poder público en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis.
- Tafur, A. (1995). *Derecho Administrativo General*, segunda edición. Bogotá: Editorial Ciencia y Derecho.
- Vidal, J. (2008). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Editorial Legis.
- Zagrebelsky, G. (1999). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta.