

INHABILIDAD PARA CONTRATAR EN VIRTUD DE LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD DE UN CONTRATO ESTATAL¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. El legislador ha previsto un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para ser contratista del Estado que se fundamenta en la protección del interés general y la proporcionalidad en la limitación a los derechos de igualdad y capacidad contractual que ostentan los particulares. De este modo, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP– ha previsto un listado de causales diverso y amplio. El texto pretende examinar, puntualmente, la inhabilidad de los contratistas derivada de la declaratoria de caducidad de un contrato estatal. De este modo, se estudian los literales *c) e i)* del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Como ruta metodológica, el texto se desarrolla en dos momentos: primero, una etapa descriptiva que da cuenta del supuesto fáctico de la causal de inhabilidad; luego, una etapa analítica o crítica, que presenta problemáticas relacionadas con la causal.

Introducción

El Centro de Estudios de Derecho Administrativo continúa el estudio del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Específicamente, se ocupa de una causal del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar: la declaratoria de caducidad de un contrato. Para esto, se analizan los literales *c) e i)* del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Si bien se estudian dos disposiciones, el texto plantea un análisis en conjunto. El literal *c)* prescribe que son inhábiles para contratar «Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad». Por su parte, el literal *i)* dispone que está prohibido celebrar contratos con «Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria».

De este modo, la causal tiene una única fuente: la declaratoria de caducidad. Sin embargo, el legislador ha discriminado dos alcances: uno de carácter general y

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 27 de febrero de 2021, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Juan David Montoya Penagos, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la *Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel I, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

otro particular. Esto fundamenta el análisis conjunto, precisando en cada momento lo pertinente. Por otra parte, el texto se refiere íntegramente a esta causal como una *inhabilidad*. Y esto se precisa en razón a que la doctrina y la jurisprudencia no han establecido criterios claros, suficientes e infalibles que permitan sostener la distinción conceptual entre inhabilidades e incompatibilidades. Pese a esta carencia, no se evidencia ninguna dificultad en denominar de este modo dicha causal que, además, resulta concordante con la diferenciación comúnmente aceptada.

1. Premisa mayor: declaratoria de caducidad

En primer lugar, es necesario cuestionar ¿qué es la caducidad de un contrato? La definición de esta puede hacerse desde tres perspectivas: *i) como cláusula, ii) como sanción y iii) como potestad exorbitante*, pero no son excluyentes. Desde la primera óptica, la caducidad es una *cláusula* presente en algunos contratos estatales, bien sea por voluntad del contratante o en virtud de la ley, que permite a las entidades terminar y liquidar un contrato sin ningún tipo de indemnización al contratista y, a su vez, declarando el siniestro de incumplimiento³.

La segunda perspectiva es reiterada en la jurisprudencia y en la doctrina: la declaratoria de caducidad es la *sanción* más drástica y grave que se impone a un contratista, porque conlleva la *inhabilidad* para contratar con el Estado durante cinco años. En tercer y último lugar, la caducidad es una *potestad exorbitante* de la Administración, que la faculta para terminar y liquidar un contrato de forma unilateral, denotando un claro ejemplo de los *actos de imperio* en el marco de los contratos estatales⁴.

Integrando estas aristas, la caducidad es una *cláusula exorbitante* faculta a las entidades estatales para terminar y liquidar un contrato sin ningún tipo de indemnización al contratista. Una vez se hace efectiva esta cláusula, se activa una

³ En este sentido lo dispone el artículo 18 de la Ley 80: «La caducidad es la *estipulación* en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre» (cursiva fuera de texto).

⁴ Dávila Vinuela ha propuesto la siguiente definición: «La caducidad es una *potestad* de que goza la entidad estatal para dar por terminado de manera anticipada un contrato por razones atribuibles en un todo al contratista. A pesar de que el efecto que subyace en una declaratoria tal es la ruptura del vínculo contractual, debemos advertir que la finalidad que persigue no es la simple terminación del contrato sino muy por el contrario la opuesta, esto es, la ejecución del contrato» (DÁVILA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3º ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 656, cursiva fuera de texto).

sanción determinada en el ordenamiento: cinco años de inhabilidad para contratar con el Estado.

El fundamento o finalidad de la caducidad permite distinguir dos tipos de regímenes: el general y los particulares. Por régimen general de la caducidad debe entenderse el dispuesto en el artículo 18 de la Ley 80. Este régimen, fundamentalmente, opera cuando un contratista llega al límite del incumplimiento contractual, esto, a tal punto que afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato y puede conducir a su paralización. En otras palabras, la teleología del régimen general de la caducidad no es otra que la protección del interés general interpretado como la cabal ejecución de los objetos contractuales. Esta institución no es particular del ordenamiento colombiano. Por el contrario, múltiples legislaciones incluyen regímenes similares, en ocasiones con diferente nominación⁵.

Los regímenes particulares de la caducidad son aquellos que se producen en virtud a una causal distinta al incumplimiento grave e injustificado de las obligaciones del contratista para el desarrollo del objeto contractual. Entre otros, es posible mencionar los siguientes ejemplos: *i)* cuando se declara la responsabilidad fiscal de un contratista⁶; *ii)* cuando el contratista cede ante amenazas proferidas por grupos armados o atiende, de forma general, a sus instrucciones⁷; *iii)* en materia minera, cuando se incumple con una de las diez causales dispuestas en el Código de Minas, y *iv)* previo a la derogatoria de la Ley 64 de 1978, el incumplimiento del deber propio de los contratistas de encomendar estudios y trabajos a profesionales que posean matrícula en la especialidad requerida⁸. Esta distinción simple entre los regímenes de caducidad es importante para los dos objetivos principales del texto: precisar la premisa mayor que da lugar a la causal de inhabilidad por la declaratoria de caducidad y evidenciar problemáticas sobre la misma.

1.1. Sujetos

⁵ En Argentina, verbigracia, el régimen general de la caducidad es equivalente a las denominadas *sanciones rescisorias*, estas son «[...] las más graves que pueden adoptarse en materia contractual administrativa, puesto que producen la extinción del contrato y la conclusión de los vínculos que existían en su virtud.

[...]

»Por ello mismo, sólo [sic] proceden ante faltas contractuales especialmente graves, debiendo recurrirse a ellas cuando no exista otro medio para lograr la ejecución del contrato en forma regular» (ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 484).

⁶ Ley 610 del 2000, artículo 60 y 61.

⁷ Ley 418 de 1997, artículo 90. Norma que tiene sustento en el artículo 5, numeral 5, de la Ley 80 de 1993.

⁸ Artículo 14, inciso segundo.

A partir de la definición de la caducidad planteada, resulta sencillo evidenciar los sujetos de su declaratoria. Por una parte se encuentra el sujeto activo, la entidad contratante, quien de forma unilateral y mediante acto administrativo motivado, precedido del debido proceso, declara la caducidad de un contrato. En el otro extremo de la relación se encuentra el contratista, quien, luego de exponer sus razones, es sujeto pasivo de la declaratoria de caducidad. Esta, sin embargo, no recae en propiamente sobre él, pues la declaratoria opera exclusivamente sobre los contratos estatales, no sobre los contratistas. Esto, sin duda, no desconoce que el sujeto pasivo determinado en el acto administrativo será acreedor de los efectos legales que de él se desprendan, verbigracia, la inhabilidad en estudio.

Si bien este análisis no implica mayor dificultad, el sujeto activo en la declaratoria de caducidad siempre será la entidad contrate, se trata de una facultad reservada a esta. Podría interrogarse si sujetos exógenos al contrato podrían declarar la caducidad, pero la respuesta siempre será negativa. Por ejemplo, solicitarle a un juez que determine la caducidad de un contrato resulta ilógico, ya que la caducidad es una prerrogativa que encuentra fundamento en el principio de autotutela de la Administración Pública. En este caso el *petitum* correcto sería la terminación y liquidación de un contrato. Otro ejemplo que permite evidenciar esta competencia privativa es el de los órganos de control, estos son incompetentes para declarar la caducidad de contratos. Aunque encuentren sustentos fácticos para hacerlo, a lo sumo podrán solicitarle a la entidad que proceda en este sentido⁹.

Comprendido esto, es oportuno estudiar la causal de inhabilidad en cuenta al sujeto de la misma, haciendo escala en los dos literales del artículo 8 de la Ley 80 objeto de estudio. El literal *c)* dispone que son sujetos pasivos de la inhabilidad «quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad». Sobre este particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha interpretado:

«El vocablo "quienes", empleado en el literal *c)*, es un pronombre relativo que equivale a "el que", "la que", y se refiere predominantemente a personas. Se emplea con antecedente explícito o implícito. Además, "los dos relativos personales quien y el que, alternan también, sin antecedente, en ciertas oraciones con el verbo ser, que son fórmulas perifrásicas en las que se resuelven las oraciones de predicado verbal o nominal cuando se trata de insistir en la idea de que la persona o personas mentadas por alguno de sus elementos nominales o

⁹ Un ejemplo de esto se encuentra en uno de los regímenes particulares de la caducidad: la responsabilidad fiscal. El artículo 61 de la Ley 610 prescribe en este sentido: «Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado» (cursiva fuera de texto).

pronominales son precisamente aquellas a las que conviene la aseveración contenida en el enunciado y no a otras"»¹⁰.

En este sentido, de la mano de la Corporación, el literal c) prescribe que son sujetos de la inhabilidad derivada de la declaratoria de la caducidad las personas, naturales o jurídicas, que se determinen en el acto administrativo que declara la caducidad del contrato y que, en todo caso, equivalen al contratista. Esta premisa permite excluir a dos sujetos que poseen capacidad contractual pero carecen de personería jurídica: los consorcios y las uniones temporales¹¹.

De este modo, en virtud a esta disposición, es posible interpretar que en el caso de las personas jurídicas la inhabilidad recae, exclusivamente, sobre estas y no sobre sus socios. De hecho, esta interpretación se encuentra reforzada por el principio de taxatividad e interpretación restrictiva que conduce el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Sin embargo, el literal i) extiende la inhabilidad a: i) los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, y ii) las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

En este sentido, para delimitar el alcance de la norma en cuanto al sujeto, es imprescindible acudir al derecho comercial, específicamente al derecho societario. El Código de Comercio no distingue entre sociedades «de personas» y sociedades «de capitales». El legislador clasificó las sociedades comerciales entre las que representan su capital por medio de acciones y las que representan su capital en cuotas o partes de interés¹². Sin embargo, acudiendo a los consensos doctrinales, es posible afirmar que la diferencia entre sociedades de personas y las de capitales obedece a un criterio: la posición jurídica de los socios frente a terceros¹³.

En el caso de las primeras, los socios responden de forma solidaria incluso con su propio patrimonio, mientras que en las segundas, por el contrario, los socios se hacen responsables exclusivamente hasta el monto de sus aportes a la sociedad. Es decir que, una vez se termina el patrimonio común cuando se paga a los acreedores, en las sociedades de personas es posible que los socios respondan con su patrimonio, lo que no ocurre entonces en las sociedades de capitales. Además, se han planteado criterios auxiliares como el conocimiento entre socios, su rol de administración y el ánimo societario —*intuito personae* en las sociedades de

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de mayo de 2001. Rad. 1.346. C.P. César Hoyos Salazar.

¹¹ Esto no es óbice para interpretar que la sanción deberá recaer sobre los integrantes de dichos sujetos colectivos, esto, en virtud al régimen de responsabilidad propio de ambas instituciones.

¹² Artículos 233 y 237 del Código de Comercio.

¹³ Ibid.

personas e *intuito pecuniae* en las sociedades de capitales—. De esta forma, el factor subjetivo de la causal de inhabilidad está suficientemente descrito, no problematizado.

1.2. **Condiciones para la declaratoria de caducidad**

Continuando el estudio de la premisa mayor de la causal de inhabilidad, es preciso determinar qué condiciones impone el legislador para la declaratoria. En atención al régimen general de la caducidad dispuesto en el artículo 18 de la Ley 80, Dávila Vinueza destaca que son cinco los elementos a verificar: *i*) el incumplimiento grave de las obligaciones por parte del contratista, siempre que sea imputable a él y no a una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito; *ii*) ausencia de incumplimiento por parte de la entidad, dado que, de lo contrario, cobraría fuerza el clásico aforismo «la mora purga la mora»; *iii*) una afectación grave y directa del contrato; *iv*) amenaza de parálisis en el desarrollo del contrato y *v*) que no se trate de un incumplimiento súbito o sorpresivo, por el contrario, una actitud estructural y reiterada por parte del contratista¹⁴.

Por otra parte, respecto a los regímenes particulares de caducidad, es preciso afirmar que, según la norma que disponga la causal de caducidad, se establecerán unas condiciones particulares. Cabe destacar que en el régimen del Decreto Ley 222 de 1983 no se hacía esta distinción entre régimen general y particular, tan solo se enunciaba un número amplio de causales de inhabilidad, entre aquellas el incumplimiento contractual¹⁵.

1.3. **Tipologías contractuales donde es aplicable la cláusula**

¹⁴ DÁVILA, Luis Guillermo. Op. cit., p. 658-659.

¹⁵ Sobre este particular, el Consejo de Estado ha comentado que: «Contrario a lo que sucede hoy en día, en el régimen del 222 no solo el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista daba lugar a la imposición de esta sanción, pues, tal decisión también obedecía por la muerte del contratista, su incapacidad física, la interdicción judicial, la disolución de la persona jurídica, la incapacidad financiera que se presumía cuando se declaraba en quiebra, se le abría concurso de acreedores o era intervenido por autoridad competente, se retrasaba en el pago de salarios o prestaciones sociales o era embargado judicialmente. En buena hora la Ley 80 de 1993 restringe esta facultad, y permite a la Administración Pública declarar unilateralmente la caducidad del contrato por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecten seriamente la ejecución del objeto contractual. De esta suerte, se faculta a la entidad contratante para excluir definitivamente al contratista fallido y asumir directamente la construcción de la obra o la prestación del servicio, o confiarla a un tercero que reúna la idoneidad técnica y la solvencia económica o financiera necesaria para ejecutar las prestaciones encaminadas a la satisfacción del interés público» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 21 de abril de 2004. Rad. 12.852. C.P. Ramiro Saavedra Becerra).

Si bien el texto pretende estudiar la causal de inhabilidad derivada de la caducidad y no esta institución en sí misma, es relevante destacar en qué tipo de contratos es posible evidenciar la cláusula exorbitante de caducidad, esencialmente, porque esto va a determinar respecto de qué contratos se puede derivar la inhabilidad en estudio. Para esto es posible proponer cuatro grupos de contratos:

i) Los contratos donde la cláusula de caducidad se incorpora de forma obligatoria. En estos escenarios la prerrogativa se constituye como un elemento natural del contrato. En atención a la determinación legal del artículo 14 de la Ley 80, estos son aquellos que tengan por objeto: *a)* el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, *b)* la prestación de servicios públicos, *c)* la explotación y concesión de bienes del Estado y *d)* los contratos de obra. En el caso de los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 faculta a las comisiones de regulación para que hagan obligatorias las cláusulas exorbitantes y para que autoricen a las empresas prestadoras a su inclusión cuando así lo soliciten.

ii) Los contratos donde es posible pactar la cláusula pero no es obligatorio, es decir, aquellos donde funge como elemento accidental. En atención al inciso segundo del numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80, este es el caso de los contratos de suministro y prestación de servicios.

iii) Los contratos donde, según el parágrafo *eiusdem*, la inclusión de las cláusulas se encuentre proscrita¹⁶.

iv) Los demás contratos no expresados en los anteriores grupos. Sobre este conjunto de contratos valdría la pena preguntarse si es posible o no que se pacten cláusulas de caducidad; sin embargo la Jurisprudencia del Consejo de Estado ya zanjó esta discusión. A su parecer, cualquier tipo de prerrogativa o exorbitancia contractual debe estar autorizada por el legislador de forma expresa¹⁷. En esta medida, aunque la ley no se manifieste sobre el particular, debe interpretarse que las entidades carecen de dicha facultad.

1.4. Otros efectos de la caducidad

¹⁶ El parágrafo del artículo 14 dispone: «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».

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de enero de 2011. Rad. 15.940. Enrique Gil Botero.

La activación de la causal de inhabilidad de cinco años para el contratista no es la única consecuencia de la declaratoria de caducidad. La Sección Tercera del Consejo de Estado señala que una vez se expide el acto administrativo que declara la caducidad del contrato se producen los siguientes efectos: *i)* la entidad contratante tomará posesión de la obra o continuará inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien, a su vez, se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar; *ii)* no se indemnizará el contratista por ningún concepto; *iii)* se configura el siniestro de incumplimiento y se hace efectivo el cobro de la cláusula penal pecuniaria pactada; *iv)* se liquida el contrato en el estado en que se encuentre y *v)* inicia a correr el término de cinco años de inhabilidad para el contratista¹⁸.

2. Problemáticas

Agotado el estudio por la premisa mayor de la causal de inhabilidad, y luego de presentar elementos conceptuales para identificar problemas, se presentan a continuación algunas de las discusiones que pueden surgir sobre esta causal.

2.1. ¿Se desprende la inhabilidad de la aplicación de regímenes especiales de caducidad?

La existencia de regímenes particulares de caducidad obedece al afán del legislador por conseguir de los contratistas determinadas conductas so pena de constituirse una causal que permita la terminación y liquidación del contrato. En estos regímenes se desconoce la teleología propia de la institución clásica o régimen general: sancionar el incumplimiento grave y proteger la ejecución del objeto contractual. Esta pretensión sancionatoria se expresa a través de una de sus consecuencias, esto es, la inhabilidad del contratista por un período de cinco años. En este sentido, ¿de los regímenes particulares de caducidad se desprende la inhabilidad de los literales c) e i) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80? Esto, teniendo presente que implicaría la posibilidad de sancionar gravemente a contratistas que, aun considerándose cumplidos con la ejecución del contrato, incurrieron en una conducta no deseada por la ley.

Un ejemplo claro de esta complicada situación se evidencia en virtud del artículo 90 de la Ley 418 de 1997. Según este: «El Gobierno podrá declarar la *caducidad o decretar la liquidación unilateral* de todo contrato celebrado por una entidad pública, cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato y en relación con los grupos armados organizados al margen de la ley, en cualquiera de

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Rad. 17.031. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

las siguientes causales: [...] Ceder injustificadamente ante las amenazas proferidas por dichos grupos» (cursiva fuera de texto).

En primer lugar, el legislador confunde u otorga igual trato a dos conceptos radicalmente diferentes: caducidad y terminación unilateral. En segundo lugar, Colombia es ha padecido un crudo conflicto armado que ha puesto recurrentemente la soberanía del Estado en vilo. En este sentido, que una entidad estatal termine y liquide un contrato por este tipo de hechos ya parece una sanción desproporcionada con los contratistas cumplidos. Sumar a esto la inhabilidad de cinco años parece una solución injusta. A su vez, pensar en que se configura el siniestro de la póliza de incumplimiento —consecuencia general de la declaratoria de caducidad— parece imposible en atención a que el contratista ha cumplido con el objeto contractual.

En sentido similar, el artículo 61 de la Ley 610 dispone que cuando se declare la responsabilidad fiscal de un contratista, las contralorías deben solicitar a la entidad contratante que declare la caducidad del contrato. Sobre este asunto, Dávila Vinueza considera que:

«La declaratoria de caducidad que proviene de la responsabilidad fiscal da lugar exclusivamente a la terminación del vínculo y a su liquidación, más no a la exigencia de la cláusula penal pecuniaria ni de la garantía única de cumplimiento pues en relación con el contrato afectado no se causa perjuicio alguno por el incumplimiento de obligaciones, condición indispensable para la prosperidad de aquello. Tampoco emana la inhabilidad que trae consigo la aplicación del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 habida cuenta que el propio artículo 60 de la Ley 610 de 2000, contempla esta sanción mientras esté pendiente el pago del detrimiento patrimonial. Norma especial y, por ende, preferente en la materia»¹⁹.

En esta ocasión, se comparte este criterio. El tercer inciso del artículo 60 de la Ley 610 prescribe que «Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables [...]» (cursiva fuera de texto). Así mismo, la entrada o salida del boletín de responsable fiscales está determinada en la norma *ibidem* por el pago del detrimiento patrimonial. En este sentido, se configura una inhabilidad exógena a la Ley 80 de 1993 y que, a su vez, representa norma especial en la materia. En conclusión, se propone como imposible otorgar ciegamente las consecuencias del régimen particular de caducidad dispuesto en el artículo 18 de la Ley 80 a los regímenes particulares. Entre estas sanciones, la inhabilidad prevista en el artículo 8. El examen, en cada caso, deberá estar acompañado de criterios lógicos que

¹⁹ DÁVILA, Luis Guillermo. Op. cit., p. 671.

demuestren el cumplimiento de principios orientados a la garantía del interés general y la protección de los derechos de los contratistas cumplidos.

2.2. Responsabilidad del Estado: daño por pérdida de oportunidad

La aplicación de las cláusulas exorbitantes, en especial, de la caducidad, implica la realización de procedimientos administrativos serios, completos y contundentes que permitan concluir con un acto administrativo lo suficientemente motivado. De lo contrario, el texto advierte un riesgo latente: piénsese en una entidad que, en medio de ligerezas, decreta la caducidad de un contrato por incumplimientos que, quizás, no eran lo suficientemente graves o no eran imputables al contratista. Luego, el contratista acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, a través del medio de control de controversias contractuales, solicita la nulidad del acto administrativo que decretó ilegalmente la caducidad del contrato. Si existen pruebas suficientes, es probable que la entidad estatal esté obligada a reparar perjuicios por daño emergente y lucro cesante.

En este contexto, se genera el deber de reparar dos daños que resultan interesantes y particulares: la afectación al *buen nombre* o *good will*²⁰ del contratista y la *pérdida de oportunidad* que se genera en virtud de la inhabilidad prevista en el artículo 8. Sobre este particular, el Consejo de Estado ha señalado:

«Por consiguiente, en eventos como el que se viene analizando, el perjuicio económico se ocasiona por la pérdida de las nuevas oportunidades u ocasiones favorables para contratar con entidades públicas en un período de cinco (5) años, debido a la inhabilidad que por ese tiempo genera el acto que decreta en forma ilegal la caducidad del contrato, mientras éste surte efectos, lo que priva al contratista de unas utilidades razonablemente esperadas de los contratos que previsiblemente hubiera celebrado con aquellas durante ese lapso.

»En otras palabras, se trata de un daño futuro y cierto, bajo la modalidad de lucro cesante (artículos 1613 y 1614 C.C.), que consiste en que el contratista perjudicado, al no poder celebrar contratos con la Administración en un determinado tiempo en virtud del ejercicio ilegal e indebido de la cláusula exorbitante, dejará de percibir un incremento patrimonial, situación por la cual debe ser indemnizado sobre la base de la probabilidad o posibilidad razonable de que habría suscrito otros negocios jurídicos con el sector público [...]»²¹.

Con esto se pretende poner de presente una problemática eminentemente práctica: el uso irresponsable o, ilegal, de la cláusula de caducidad por parte de las

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Rad. 17.031. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²¹ Ibid.

entidades estatales, da lugar a daños y perjuicios particulares y cuantiosos. De modo que se impone sobre los funcionarios un máximo deber de cuidado en los procedimientos administrativos pertinentes.

2.3. Imprecisiones del derecho comercial

Para finalizar, se examinan dos serias coyunturas en la aplicación de la causal de inhabilidad. Primero, es preciso recordar la redacción de la inhabilidad contenida en el literal *i*): «Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria». Según lo estudiado, y en una interpretación armónica del literal *c*), todas las personas jurídicas son susceptibles de incurrir en esta inhabilidad; sin embargo, esta solo se extiende a los socios de las sociedades de personas, y no a aquellas de capitales.

Pues bien, el problema es que no existe claridad en el derecho comercial colombiano sobre la categorización de todas las sociedades en una de estas dos vertientes. Por ejemplo, mucho se discute sobre la sociedad de responsabilidad limitada. En principio, la responsabilidad de los socios en esta sociedad se limita al monto de sus aportes; pero existen escenarios donde esta responsabilidad se convierte en la de una sociedad colectiva, como cuando se evidencia la mora en el pago íntegro de los aportes a la sociedad²² o se trata de obligaciones derivadas de relaciones laborales o tributarias. Algunos autores sostienen que este tipo de sociedad constituye una categoría *sui generis* en la clasificación, ¿Cómo interpretar esto de en atención a la inhabilidad?

Al respecto, no ocupa al texto el estudio riguroso de los tipos societarios para de proponer una agrupación que permita interpretar la inhabilidad²³. Por el momento, basta con decir que la jurisprudencia es la encargada de evaluar, a partir de casos concretos, los supuestos en que se aplicará o no la inhabilidad a los socios. Esta postura es compartida por la Sala de Consulta y del Servicio Civil, en los siguientes términos: «[...] será la jurisprudencia la que finalmente defina cuáles sociedades quedan comprendidas dentro de la categoría de sociedades de personas, a menos que el legislador en el proyecto de reforma a la ley 80 de 1993 que cursa actualmente en el Congreso de la República opte por modificar la norma comentada para ajustarla a la clasificación adoptada en el Código de Comercio».

El segundo problema lo señala Matallana Camacho. El planteamiento es el siguiente: el literal *i*) extiende la inhabilidad a los socios de sociedades de personas

²² Artículo 355 del Código de Comercio.

²³ Generalmente, se entienden como sociedades de personas: las sociedades colectivas, en comandita simple y las empresas unipersonales. Por el contrario, se denominan sociedades de capitales: las sociedades anónimas, las sociedades por acciones simplificadas, y comandita por acciones.

y a las sociedades que aquellos formen con posterioridad a la declaratoria. De este modo, si a una sociedad de personas le declaran la caducidad de un contrato y uno de sus socios inicia labores como representante legal de otra sociedad de personas, entonces, ¿acarrea la inhabilidad para la nueva sociedad? En su concepto, y se comparte su postura, siempre que el representante legal no sea socio y representante legal —escenario plenamente posible— de la nueva sociedad de personas, entonces no transmitirá su inhabilidad²⁴.

Bibliografía

Doctrina

BAENA, Luis Gonzalo. Lecciones de derecho mercantil. 2° ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 150-154, 212-232, 270, 355-372.

BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado. 2° ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 405-427.

DÁVILA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3° ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 163-164, 169-170, 655-676.

ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 484-487.

MATALLANA, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. 4° ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 191, 203-204, 886-891.

PALACIO, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8° ed. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. p. 133-134, 509-557.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-136 del 15 de abril de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-489 del 26 de septiembre de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de mayo de 2001. Rad. 1.346. C.P. César Hoyos Salazar.

²⁴ MATALLANA, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. 4° ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. pp. 203-204.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 21 de abril de 2004. Rad. 12.852. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Rad. 17.031. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de enero de 2011. Rad. 15.940. Enrique Gil Botero.

