

Manual de buenas prácticas para la gestión contractual pública

Departamento Nacional de Planeación

Director

Santiago Montenegro Trujillo

Subdirector

José Leibovich Goldenberg

Secretaria General

Ana Lucia Gutiérrez Guingue

Directora del Programa de Renovación de la Administración Pública

Claudia Jiménez Jaramillo

Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP

Consultor Gerente

Gonzalo Suárez Beltrán

Andrés Jurado Orejuela

Sergio Iván Prada Ríos

Diana Margarita Vivas Munar

Equipo investigador

Jorge Iván Cuervo Restrepo

Iouri Gorvanef

Carlos Malagón Bolaños

Proyecto MAFP II – BIRF

Fonade – Convenio 191113 Equipo investigador

Manual de buenas prácticas para la gestión contractual pública

ISBN: XXX

Bogotá, D.C., diciembre de 2004

Coordinación editorial
Grupo de Comunicaciones y Relaciones Públicas
Asesora
Norma Beatriz Solís Cárdenas

Corrección de estilo
Manuel Javier Luque

Diseño carátula
Javier Romero Cárdenas

Diagramación e Impresión
EXCELSIOR IMPRESORES
Calle 70 A No. 33-24

Departamento Nacional de Planeación, 2004
Calle 26 No. 13-19
Teléfono: 5960300/5663666
Bogotá D.C., Colombia

Impreso y hecho en Colombia
Printed in Colombia

Contenido

	Página
Introducción	7
Presentación	9
1. Etapa de planeación	11
1.1 Falta de planeación del contrato	12
2. Etapa precontractual	15
2.1 Ilegalidad del acto de adjudicación o declaratoria de desierta	15
2.2 Prestación sin soporte contractual	20
2.3 Contratación sin soporte presupuestal	21
3. Etapa contractual	25
3.1 Gestión contractual	25
3.1.1 Falta de previsión en la ejecución del contrato	27
3.1.2 Mora o falta de pago del anticipo	30
3.1.3 Incumplimiento de la Administración para la idónea ejecución del Contrato	32
3.1.4 Mora de la Administración en el pago	35
3.1.5 Falta de reconocimiento de reajustes, obras adicionales o mayor permanencia	37
3.1.6 Ilegalidad en la exigibilidad de las garantías	41
3.2 Poder sancionatorio	44
3.2.1 Uso arbitrario de poderes discrecionales	44
3.2.2 Extemporaneidad en el ejercicio de poderes exorbitantes	48
3.2.3 Ejercicio arbitrario de poderes exorbitantes	51
4. Etapa de liquidación	55
4.1 Obligación de liquidar correctamente el contrato (incluidos errores contables o aritméticos)	56
4.2 Obligación de liquidar oportunamente el contrato	58
Notas y Referencias Bibliográficas	61

Introducción

"...Parece, Sancho, que no hay refrán que no sea verdadero, porque todos son sentencias sacadas de la misma experiencia, madre de las ciencias todas..."

"El Quijote", Miguel de Cervantes Saavedra

Para el Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP, constituye motivo de especial satisfacción entregar hoy este "Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Pública Contractual", como herramienta que en las manos de quienes tienen a su cargo el diseño y la ejecución de la contratación pública en Colombia rendirá sus mejores frutos.

Del análisis del universo de pronunciamientos judiciales (sentencias, providencias aprobatorias de acuerdos conciliatorios y laudos arbitrales) dictados bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993, el Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP estableció la existencia de 15 causas recurrentes de condena a las entidades públicas con ocasión de su actividad contractual. El análisis de cada una de ellas, permitió establecer el contexto en el que ocurren así como los eventos que les sirven de causa, lo que a su turno llevó a precisar las medidas preventivas y de manejo que podrían evitar condenas a las entidades estatales contratantes. Este trabajo presenta estas últimas conclusiones.

Consideramos la primera edición de este Manual como un primer intento de hacer sistemática la existencia de reglas que, sobre la base de la experiencia a más de 10 años de vigencia de nuestro Estatuto General de Contratación, nos permitan aprender de lo ya vivido y en particular del acervo jurisprudencial que se ha producido en situaciones litigiosas, en el buen propósito de reducir sus posibilidades de ocurrencia. Queda entonces en quienes reciban este producto la responsabilidad de retroalimentarlo con su propia visión de la vida diaria contractual y de demostrar que, en palabras de Voltaire, "...hay alguien tan inteligente que aprende de la experiencia de los demás..."

Gonzalo Suárez Beltrán
Consultor-Gerente
Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP

Presentación

El presente manual pretende convertirse en una herramienta de apoyo a la gestión institucional, y en él se recogen las causas y las medidas de prevención del daño antijurídico en materia contractual.

En tal sentido, la estructura del manual replica cada una de las etapas del proceso contractual –de planeación, precontractual, contractual o de ejecución y de liquidación–, recogiendo en cada una de ellas, las principales causas de responsabilidad del Estado y las medidas de prevención del daño, dentro de un instrumento que servirá a las entidades para adoptar su propio mapa de riesgos de la actividad contractual, de acuerdo con la especificidad de la actividad que se contrata, a partir de lo demandado por sus contratistas y de lo señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, los pronunciamientos arbitrales y los autos aprobatorios de conciliaciones. Respecto de esto último es preciso anotar que, en aquellos casos en que se considera procedente, se recopila la posición de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre ciertos aspectos, que si bien no es exhaustiva por no recoger todas las posibles posiciones de este tribunal, es ilustrativa y servirá de orientación a los usuarios de la contratación pública.

Las fallas que se reseñan corresponden a la tipología de causas de ocurrencia de daño antijurídico en materia contractual, definida por un estudio de análisis de las causas¹ de responsabilidad contractual del Estado, adelantado en el marco del Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP, entre el segundo semestre de 2003 y el primer semestre de 2004, por Carlos Malagón Bolaños, Iouri Gorvanef y Jorge Iván Cuervo Restrepo.

1. Etapa de planeación

La concepción del contrato se inicia con el proceso de planeación del negocio contractual. De la lectura de las normas contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, y de los documentos Conpes relacionados con asuntos contractuales², resulta que la Administración Pública podrá celebrar contratos sólo en la medida en que se verifique con certeza que:

- Los contratos por celebrar se ajustan a las necesidades de cada entidad para el cumplimiento del servicio público que tiene encomendado;
- Dispone de recursos suficientes para solventar las prestaciones que se dejarán a cargo del contratista;
- Cuenta con los estudios de soporte requeridos para estructurar los alcances técnicos y jurídicos del contrato, así como para definir las condiciones (objeto, especificaciones técnicas, plazo y valor) en que debe ser ejecutado;
- Conoce los riesgos que implica para las partes la ejecución del objeto contractual y ha asignado en la minuta respectiva, por cuenta de cuál de éstas corren;
- Ha obtenido los bienes (predios, equipos, edificaciones), permisos y licencias que demande la iniciación o ejecución del contrato, o ha dado inicio al trámite para su obtención oportuna de acuerdo con el cronograma de ejecución contractual y,
- Tiene definido el esquema que implementará para hacerle seguimiento y control a la actividad del contratista.

En ese sentido, debe advertirse que las omisiones o errores que cometan las entidades públicas en esta etapa se verán reflejadas en el desarrollo del proceso de selección o durante la ejecución del contrato, en hechos tales como la declaratoria desierta de la licitación, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, la necesidad de ajustar el contrato a la realidad del bien, servicio u obra contratada, el reconocimiento de los mayores costos en los eventos en que haya lugar y, en el más extremo de los casos, el rompimiento del equilibrio económico.

En tal sentido, vale la pena llamar la atención sobre las fallas que se han identificado en la gestión contractual de las entidades, que corresponden a situaciones en las que errores en la etapa de concepción del contrato resultan en una condena al Estado, así:

1.1 Falta de planeación del contrato

Se trata de una causa que relaciona los daños antijurídicos que surgen durante la etapa de definición de los requerimientos de una contratación, específicamente en lo que se refiere a la identificación de la necesidad del contrato por la entidad, los recursos presupuestales disponibles para su financiación, su ajuste al plan de necesidades y al plan de compras de la entidad, así como la elaboración y alcance de los estudios y diseños previos (técnicos, económicos y jurídicos) que se requieran para la contratación en particular.

Se pueden citar como principales evidencias de esta causa, las siguientes:

(i) Errores cometidos por la entidad en el momento de definir la naturaleza jurídica del contrato que se propone celebrar, así como del procedimiento de selección que se aplicará³.

(ii) Prórrogas de los términos definidos en los pliegos para las diversas etapas del procedimiento de contratación, por ejemplo, cuando se fija un cronograma de actividades para el procedimiento licitatorio que no es cumplido por la entidad y abre espacio al oportunismo de los proponentes para reclamar por sobrecostos (revisión de precios) originados en el retardo⁴, o para sustraerse al carácter vinculante de su oferta.

(iii) Realización de obras o servicios no previstos en el contrato o de mayores cantidades de obras, bienes o servicios⁵, que son consecuencia de la precariedad de los estudios previos pero que ordinariamente se presentan en la ejecución del contrato.

Medidas para la prevención del daño

Con el objeto de precaver los conflictos derivados de errores en la planeación, se recomienda:

1. En relación con el incumplimiento de los plazos previstos en el cronograma del proceso de selección incluido en el pliego de condiciones, se recomienda que al señalar los plazos, la entidad no se comprometa con fechas específicas que no consultan las contingencias que pueden ocurrir en desarrollo del proceso de selección y, en consecuencia, establezca la posibilidad de prorrogar los plazos inicialmente previstos en forma motivada y consultando los parámetros establecidos en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 para el caso de las licitaciones públicas.

Por otra parte y con el fin de tener certeza sobre el alcance de la responsabilidad de la entidad en cada uno de los contratos, en especial en aquellos que revistan cierta complejidad, se recomienda que los estudios previos incluyan la obligación de hacer un análisis de los riesgos involucrados en la contratación, junto con las consecuencias patrimoniales de los mismos, a efecto de que en el contrato se haga una asignación de éstos a cada una de las partes⁶, teniendo en cuenta las características particulares del contrato y las condiciones del mercado en el momento de la contratación, para lo cual deberá:

- Establecer cuál de las partes (entidad-contratista) tiene mejor capacidad de gestión, mayor disponibilidad de información y mejor conocimiento y experiencia para evaluar más objetiva y acertadamente el riesgo de que se trate.
- Evaluar qué parte está en mejor posición para monitorear, controlar y asumir cada uno de los riesgos.

2. Teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos la causa se origina en falencias en los estudios previos, y que quienes ejecutan los contratos excusan su responsabilidad en la calidad de los diseños o en la precisión de la medición de las cantidades de obra o de los alcances del servicio, se sugiere, especialmente para aquellos contratos con objetos sofisticados o complejos:

- Incluir dentro del objeto del contrato obligación o responsabilidad del contratista, además de la ejecución o entrega de la obra, bien o servicio, la elaboración del diseño de detalle o del estudio de factibilidad, advirtiendo además que una vez presentados esos estudios y diseños al interventor, sin perjuicio de que (i) sean los

mismos que la entidad puso a disposición de los proponentes, (ii) el contratista los adapte y/o modifique, (iii) sean propios o (iv) resulten de una combinación de cualquiera de los anteriores, "se entenderá que los diseños son propios y por lo tanto la responsabilidad de los mismos será asumida en su totalidad por el Concesionario o Contratista"⁷.

En tal sentido será necesario que la entidad, al momento de contratar los estudios previos defina con el mayor grado de especificidad su alcance, de forma que tenga certeza sobre si estos corresponden a la prefactibilidad (diseño conceptual) o incluyen la factibilidad (diseño de detalle) de la actividad por contratar.

3. Finalmente, se recomienda que la entidad tenga mayor cuidado al establecer el procedimiento de selección que será utilizado en atención a la naturaleza jurídica del contrato que se pretende celebrar, para lo cual se recomienda el establecimiento de la obligación de revisar y dar el aval correspondiente al proceso seleccionado por parte de la oficina jurídica de la entidad.

2. Etapa precontractual

En esta etapa se engloban los trámites relativos al proceso de selección, la elaboración de los términos de referencia o pliegos de condiciones, documentos que basados en la información consignada en los estudios previos deberán definir (con la mayor sencillez posible) los requisitos que tendrán que cumplir quienes estén interesados en presentar ofertas y establecer los criterios con los que serán evaluadas las propuestas y seleccionada la oferta adjudicataria y el término en que se adoptará tal decisión⁸.

La seriedad con que actúen las entidades en la elaboración de estos documentos y en la ejecución del procedimiento será el rasero con el que medirá el juez del contrato su eventual responsabilidad contractual: ha de recordarse que el procedimiento de licitación y la adjudicación son actos reglados, con grados de discrecionalidad marginales; y que graves serán las consecuencias patrimoniales para las entidades en caso de ser encontradas responsables, en tanto la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha recuperado su anterior posición jurisprudencial según la cual, la utilidad proyectada en la propuesta es el dato idóneo para establecer el quantum del perjuicio.

Respecto de las fallas que se han identificado en la gestión contractual de las entidades, que corresponden a errores relativos a la etapa precontractual que resultan en una condena al Estado, se encuentra:

2.1 Ilegalidad del acto de adjudicación o declaratoria de desierta

Esta causa se origina en el desconocimiento por parte de las entidades, de los criterios de evaluación de las propuestas que ellas mismas han fijado en sus procesos de selección, o del propósito con el que se ha adelantado un determinado proceso de selección⁹.

Se pueden citar como evidencias principales de esta causa, las siguientes:

(i) El orden de elegibilidad no es integrado de acuerdo con los resultados de la aplicación estricta de esos criterios¹⁰;

(ii) La entidad alega razones de interés público¹¹ o la existencia de factores que no fueron considerados susceptibles u objeto de evaluación¹², para declarar desierta la licitación.

Medidas para la prevención del daño

Con el objeto de precaver los efectos derivados de fallas en la adjudicación de los procesos de selección, se hacen las siguientes recomendaciones:

1. Elaboración de pliegos de condiciones tipo en los que se establezcan factores de admisión o rechazo de las propuestas y de evaluación comunes, sin que la sugerencia implique la estandarización de los criterios de ponderación de dichos factores de evaluación, respecto de los cuales puedan establecerse indicadores y reglas de aplicación que permitan su interpretación unívoca tanto para funcionarios como para contratistas.

2. Igualmente, las entidades deberán dar aplicación al desarrollo reglamentario del deber de selección objetiva señalado en el artículo 4º del Decreto 2170 de 2002, que con el propósito de depurar los factores de escogencia en los procesos de selección, establece el criterio de “pasa no pasa” con el que se privilegian las condiciones técnicas y económicas de la oferta, y la valoración de las ofertas se debe concentrar en dichos aspectos.

En ese orden de ideas, la capacidad jurídica del oferente y las condiciones referidas a su experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera, no podrán ser utilizadas para darle un mayor puntaje, serán simplemente factores habilitadores para la participación en un determinado proceso de selección. La única excepción a la aplicación de este criterio está constituida por la contratación para la prestación de servicios especializados, en la cual serán objeto de valoración las condiciones subjetivas del proponente, por la naturaleza del objeto que se va a contratar.

3. Adopción de políticas en las entidades, respecto del alcance de la información o documentación solicitada a los proponentes, a efecto de que ésta corresponda a la estrictamente relevante al proceso de que se trate en materia de requisitos o soporte de la evaluación de las ofertas, por tratarse de aspectos que se prestan a controversia entre los participantes y la entidad¹³.

4. Los funcionarios públicos deben tener claridad en el sentido de que si bien la adjudicación supone un margen de discrecionalidad¹⁴, es por sobre todo una actividad reglada; y que el acto de adjudicación debe ser simple y por tanto no puede estar sujeto a condiciones, como tampoco pueden estarlo las propuestas¹⁵: No obstante, si los pliegos de condiciones permiten alternativas, la expedición del acto de adjudicación es la oportunidad más adecuada para que la entidad precise los términos en que se escoge la oferta, para evitar conflictos con un oferente que se reserva cierta libertad de interpretación en cuanto a tiempos, precio y calidad¹⁶.

5. Dadas las alternativas y restricciones impuestas por el Estatuto Contractual¹⁷ y desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre su naturaleza y alcance vinculante, es definitivo que las entidades asuman que el acto de adjudicación expedido tiene carácter de irrevocable¹⁸ y que, en el entendido de que nadie (mucho menos el Estado) puede ser obligado a contratar con quien no quiere, se fije como política al interior de las entidades, que (por criterios de precaución y de seguridad jurídica) la entidad que se encuentre en frente de un proceso inconveniente o viciado no tiene camino diferente al de ejercer la llamada acción de lesividad¹⁹, como fundamento de su decisión de abstenerse de suscribir un contrato²⁰.

6. Los funcionarios públicos deben tener claridad en el sentido de que las modificaciones o precisiones al pliego de condiciones deben hacerse extensivas a todos los proponentes para no alterar el principio de igualdad. Recuérdese en esto que los pliegos de condiciones son ley para las partes²¹ o "ley del contrato". Sus cláusulas son fuente de derechos y obligaciones de la Administración y de los proponentes, detallan el objeto del contrato, los factores de selección, las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas, y el procedimiento que debe adoptarse en la evaluación y en la contratación. En tal sentido, las adendas, como sistema a través del cual la Administración puede modificar el pliego de condiciones con el fin de dar mayor claridad sobre ciertos aspectos de los pliegos de condiciones o de agregar otros en aquellos casos en que se requiriera para satisfacer los fines que la entidad busca con el contrato, integran con éste una totalidad y, por ende, tienen igual validez y el mismo carácter vinculante para los contratantes²².

7. Siguiendo a la jurisprudencia en esta materia, las entidades tienen el deber de definir muy bien la capacidad de contratación y la capacidad residual exigida a los proponentes, porque las variaciones en su valoración pueden afectar el principio de igualdad. Se hace hincapié en que, de todos modos, la capacidad residual es un parámetro que debe cumplirse²³.

8. Ahora bien, si la propuesta más favorable económicamente no satisface las condiciones fijadas en el pliego, por ejemplo, por no haber presentado la lista de los contratos suscritos durante los dos últimos años –cuando éste sea requisito esencial para verificar el cumplimiento de obligaciones contractuales anteriores y la seriedad del proponente–, no puede resultar adjudicataria sin poner en desigualdad de condiciones a quienes sí cumplieron con dichas condiciones²⁴.

9. A manera de propedéutica, quizá sea de utilidad enlistar una serie de consideraciones sustanciales y procesales del Consejo de Estado relacionadas con la materia, que sirvieron para fundamentar absoluciones a distintas entidades. Dentro de las sustanciales están:

a) En materia de inhabilidades, de conformidad con la ley, en aquellos casos en que el oferente o contratista tenga relaciones de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante, deberá abstenerse de participar en procesos de selección o de celebrar contratos con la misma²⁵.

Sin embargo, la Corporación ha expresado que para establecer inhabilidades por parentesco no debe tomarse como única orientación la simple relación consanguínea, de afinidad o civil con el empleado oficial, sino que ha de mirarse hasta qué punto éste último puede incidir en la adjudicación del contrato por razón de sus funciones, teniendo en consideración su rango, cercanía a los funcionarios que toman la decisión respectiva y, desde luego, cuál es territorial y administrativamente la influencia que en un momento dado ese empleado pueda tener para efectos de beneficiar a su pariente²⁶.

b) Respecto a los efectos de la falta de veracidad de algunos documentos de una propuesta, sostiene el Consejo de Estado que obligan a proceder de conformidad con el pliego (si así lo dispone) y eliminar la propuesta. Entrar a calificarla y a atribuirle puntaje hace que la entidad incurra en franca violación del pliego de condiciones²⁷. Como también advierte que la propuesta que no incluya las alternativas que se soliciten en los pliegos o sus adendos debe ser eliminada en la etapa de preselección; o que frente a la propuesta que no esté dentro de los límites del presupuesto oficial, es absolutamente legítimo que la entidad no la tenga en cuenta si es requisito fijado en el pliego²⁸. Es claro entonces, que la actuación de la Administración en contra de lo dispuesto en el pliego conduce a una adjudicación ilegal del contrato, y a que uno y otro resulten afectados de nulidad²⁹.

c) Iguales efectos se producen cuando la entidad pasa por alto los resultados objetivos de la evaluación de las varias propuestas de una licitación y vulnera el derecho legítimamente adquirido de un proponente a ser adjudicatario de un contrato. Se puede concretar el vicio de ilegalidad del acto de adjudicación: primero, en el desconocimiento del alcance y contenido de la figura de la oferta de contrato, que por su esencia se caracteriza por contener promesas de futuro cumplimiento; y segundo, por desatención al claro contenido de los pliegos de condiciones³⁰.

d) En materia de impuestos, insiste el Consejo en que las entidades deben dejar muy claro en los pliegos de condiciones si los servicios prestados por los contratistas son objeto de IVA y a cargo de qué parte corren los distintos impuestos, siendo el principio que son una carga del particular, salvo que se estipule otra cosa en los mismos pliegos³¹, advertencia que fundamenta también la recomendación de que en la contratación estatal se asigne también expresamente por cuenta de cuál de las partes corre el llamado riesgo regulatorio, en aspectos impositivos, salariales, de seguridad social y regímenes asociados.

e) Como lo señala el artículo 273 de la Constitución Política, el Consejo ha reiterado que la solicitud de audiencia pública es competencia de las autoridades de control³². No obstante lo anterior, no existe ningún impedimento para que las entidades adopten como política para el manejo de sus procesos de selección, la adjudicación en audiencia pública, mecanismo que tiene la virtud de dar mayor transparencia al proceso³³.

f) Refiere adicionalmente la jurisprudencia que el oficio del representante legal comunicando que no se ha adjudicado la licitación tiene todos los atributos de un acto administrativo, pues llámese comunicación o acto, es una decisión que provino del representante legal de la entidad y tiene, por tanto, la facultad de culminar la etapa de selección. Y fija como regla, que las entidades declararían desierta una licitación o adjudicarán un contrato mediante acto administrativo³⁴.

g) En relación con la obligación del proponente de mantener las condiciones de su ofrecimiento la jurisprudencia ha señalado que si el oferente que resulta elegido no mantiene la oferta que fue seleccionada, se puede adjudicar y contratar con el segundo en la lista³⁵.

10. Y, finalmente, dentro de las consideraciones procesales que han sustentado fallos absolutorios o inhibitorios del Consejo de Estado, se destacan: que si el demandante pretende que el acto de adjudicación se anule, debe demostrar que es ilegal, que la propuesta adjudicada no era la más favorable y que la suya sí lo era; que la demanda que no pretende la nulidad del acto administrativo que adjudica el contrato conduce a fallo inhibitorio³⁶; y que la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercida contra el acto de adjudicación, que incluya a su vez la solicitud de decreto de nulidad del contrato respectivo, será de 2 años³⁷.

2.2 Prestación sin soporte contractual

Se encuentran comprendidos en esta causa, los eventos en que la entidad ordena la ejecución de una actividad o la prestación de un servicio sin contar con un contrato que la ampare o sin esperar a que éste quede debidamente perfeccionado³⁸.

Los casos en que la ausencia o desconocimiento de las normas relativas a las formalidades de los contratos originadas en fallos de las entidades se resumen así:

(i) observancia del documento escrito³⁹.

(ii) el perfeccionamiento del contrato⁴⁰.

Medidas para la prevención del daño

Con el objeto de precaver los conflictos derivados de la inobservancia de las formalidades contractuales, se recomienda:

1. La elaboración de un instructivo, que recuerde cuáles son los requisitos cuyo cumplimiento debe acreditarse para que un contrato se considere perfeccionado, en atención a que la recurrencia de esta causa sólo puede morigerarse mediante una adecuada gestión en la administración del contrato: los ordenadores del gasto deben tener conocimiento de la regulación y contar con instrumentos e información suficiente para anticiparse a las vicisitudes e implantar las medidas necesarias que impidan la ejecución de prestaciones que no estén amparadas en un contrato.

2. Definición de un procedimiento en la entidad que con su correspondiente formato de verificación tenga debidamente identificados y diferenciados los pasos que deben surtir para el perfeccionamiento de los contratos. Llama la atención que las entidades públicas terminen condenadas por casos como aquél en que, luego de suscribirse un contrato y de que el contratista obtenga las pólizas correspondientes, se omita la formalidad de darle aprobación a esas garantías⁴¹. De allí que en el procedimiento y el formato –y quizás en los textos mismos de los pliegos de condiciones y el contrato, de manera que se patentice el consentimiento del contratista– debería advertirse que el cumplimiento los requisitos para el perfeccionamiento del contrato son condición de la firma del acta de iniciación cuando ella proceda y de la entrega del anticipo⁴² en los casos en que corresponda.

2.3 Contratación sin soporte presupuestal

Se trata de una causa adscrita a la etapa precontractual en tanto es en esta etapa⁴³ en la que debe definirse el compromiso presupuestal que supone el contrato por celebrar. Esta causa de daño antijurídico y de conflicto, igual que la de 'Falta de planeación', se manifiesta con mayor frecuencia una vez suscrito el contrato y en plena ejecución de su objeto⁴⁴.

Se pueden citar como principales evidencias de esta causa, los casos en los que, sin contar con los recursos o sin tramitar el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal y a pesar de las disposiciones legales al respecto:

(i) Se celebran contratos y se da inicio a las actividades contractuales⁴⁵, o

(ii) se ordena la realización de actividades que no están contempladas en el objeto inicial y que, por consiguiente, no alcanzan a ser cubiertas por el valor del mismo –el caso típico de las obras adicionales o las imprevistas–⁴⁶, o

(iii) que estándolo no alcanzan a ser cubiertas por el valor del contrato⁴⁷.

Queda relacionado el recurrente caso en que agotado el contrato en su valor, por necesidades del servicio, se ordena o permite al particular contratista que continúe ejecutando el objeto contractual: no es casual que sean las entidades de aquellos sectores de la Administración pública en los que descansa la obligación de prestar servicios sin solución de continuidad las que incurran con mayor asiduidad en esta práctica. Como tampoco puede ser otra la explicación de la alta proporción de conciliaciones celebradas con entidades del sector salud, dadas las dificultades implícitas de sus contratos, que se reflejan en aspectos como el de que su valor se agota en la medida de la demanda (morbilidad) o costo de los servicios que se presten (enfermedades catastróficas), y el carácter imperioso de la continuidad en la prestación de los servicios.

Medidas para la prevención del daño

Frente a este tipo de situaciones:

1. Como para la causa anterior, se recomienda la elaboración de un instructivo que recuerde cuáles son los requisitos cuyo cumplimiento debe acreditarse en materia presupuestal para respaldar los contratos, esto es, la revisión de la existencia de apropiación presupuestal suficiente para cubrir el contrato y, posteriormente, la solicitud del certificado de disponibilidad presupuestal correspondiente. El mismo procedimiento deberá cumplirse para tramitar la adición, en aquellos casos en que se requiera para

cubrir los costos derivados de la inclusión de actividades adicionales en el contrato inicialmente firmado.

2. Es preciso que las entidades tengan claridad sobre el alcance del concepto de adición contractual, según la cláusula de forma de pago que se haya pactado en el contrato particular, así el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente: **“Por el contrario, en los contratos a precio indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la cláusula del valor en el mismo, apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto.** (Resaltado fuera de texto) En estos eventos, tal cláusula sólo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas sólo se determinará cuando se ejecute la obra y, aplicando el procedimiento establecido, se establezca tal costo.

Con base en lo expuesto brevemente, es fácil concluir que es un error celebrar contratos adicionales a los contratos principales celebrados por alguno de los sistemas de precios determinables, para poder ejecutar obras cuyo costo de ejecución sobrepase el estimado inicialmente. En efecto, el error consiste en pensar que ese precio estimado inicialmente es el verdadero valor del contrato, pues, como se explicó, sólo es un estimativo pero el verdadero valor se determinará una vez concluya la obra. Por lo mismo, no se trata de que se esté adicionando el contrato; no. Sólo se está procediendo conforme a lo previsto, esto es, aplicando el procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obra ejecutadas y, por consiguiente, si son más cantidades de obra a las previstas, pues el valor del contrato es mayor, pero así fue como se convino.

Por lo mismo, no se trata de que exista un “cambio” o “adición” en el contrato, sino de la aplicación de las reglas contractuales previamente determinadas en el contrato original. Es una operación matemática y no más.

Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera "adición" a un contrato(3) cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada; en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato" ⁴⁸.

3. Es necesario que en los presupuestos públicos –a costa de la capacidad de contratación de cada entidad– se cumpla la disposición contenida en el numeral 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, conforme a la cual se debe incluir una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados entre otros por las contingencias e imprevistos que pueden llegar a sucederse en todo contrato, de acuerdo con una valoración de las asignaciones de riesgo de los contratos y su probabilidad de ocurrencia.

4. En todo caso, si a pesar de que la entidad tome todas las previsiones para que este tipo de sucesos no ocurran, llegará a ocurrir que un determinado contrato no cuenta con soporte presupuestal para su ejecución, bien sea al iniciar su ejecución o en su desarrollo, la entidad deberá reconocer lo debido y en consecuencia tomar las medidas necesarias para proceder a los pagos y reconocimientos correspondientes que pueden abarcar desde la celebración de acuerdos conciliatorios que le sirvan de sustento a la entidad para el pago de los valores debidos, hasta el reconocimiento de mayores valores en la liquidación del contrato.

3. Etapa contractual

Abarca el período comprendido entre la iniciación y liquidación del contrato y, por consiguiente, contempla las más caracterizadas vicisitudes de la ejecución contractual y los retos que supone para los representantes de las entidades la gestión de los contratos.

Para efectos metodológicos, en lo referente a la presentación de las principales fallas de las entidades durante esta etapa del proceso contractual y las subsiguientes medidas para la prevención del daño o recomendaciones, esta etapa se dividirá en dos apartes: gestión contractual y poder sancionatorio.

3.1 Gestión contractual

La gestión contractual se inicia desde el momento en que se designa a los responsables de adelantar las labores de supervisión e interventoría del contrato y en consecuencia se da inicio al contrato.

En tal sentido debe señalarse como estrategia de prevención del daño antijurídico, que las entidades públicas deberían contar con el concurso de quien va a ejercer la interventoría desde el momento mismo de diseño del negocio contractual, de manera que se tenga la posibilidad de que el interventor o supervisor lo revise, emita su aval o concepto técnico y asuma la responsabilidad que le corresponde por tal actuación. Obvio es que, surtida esa actuación, la labor de supervisión e interventoría entraría en una especie de suspensión y que sólo se reiniciaría o bien al evaluar las propuestas o bien cuando se suscriba el contrato y deban aprobarse las pólizas –que también deberían de ser revisadas y avaladas por el supervisor o interventor– a conveniencia de la entidad y según la complejidad del contrato.

De manera previa a la iniciación del contrato, se recomienda contar con un acta de iniciación de éste, en la que debe darse cuenta de las condiciones en que empieza a ejecutarse y los compromisos que adquieren las partes para tal efecto: por ejemplo, la relación de los equipos y del personal destinados por el contratista a ese propósito, y de los recursos (dinero, edificios, predios) que entrega la entidad con ese mismo fin; además, una descripción detallada de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, que

servirá a su vez de información preliminar o introductoria al libro de bitácora que debe llevarse para registrar el estado de avance de la ejecución contractual, las contingencias que se presenten y las decisiones y soluciones adoptadas.

Por otra parte, si se ha pactado, las entidades deben asegurarse de entregar al contratista el anticipo en la cantidad y el tiempo acordados. Sobre este tema en particular, se deberán tener en cuenta las previsiones señaladas en el Decreto 2170 de 2002, que en su artículo 7º dispone que "el manejo de los recursos entregados al contratista a título de anticipo en aquellas contrataciones cuyo monto sea superior al 50% de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, deberá manejarse en cuenta separada a nombre del contratista y de la entidad estatal" y que los rendimientos que produzcan tales recursos pertenecen al tesoro. La norma así prevista fue reiterada en las directivas presidenciales 12 de 2002 y 4 de 2003, conforme a las cuales "se establece como criterio que la entrega de recursos se realice utilizando instrumentos financieros que aseguren el manejo transparente de los recursos y su destinación exclusiva al contrato", para lo cual "deberá estipularse en los contratos estatales que la entidad pública contratante es la propietaria de los recursos entregados en calidad de anticipo y en consecuencia los rendimientos financieros que los mismos generen pertenecen al Tesoro".

Finalmente debe recordarse, que el anticipo sólo se puede otorgar y aprobar una vez perfeccionado el contrato y que las inversiones realizadas por el contratista con los recursos del anticipo deben reflejarse en las cantidades de bienes adquiridos u obras ejecutadas.

Una vez se ha iniciado el contrato, las principales actividades de las entidades públicas deberán estar relacionadas con el control del estado y avance de la ejecución contractual, la autorización de los soportes y las cuentas de cobro, los pagos ordinarios y los reajustes, las modificaciones al contrato (objeto, plazo, precio) para ajustarlo a la realidad de su ejecución y el ejercicio de las potestades discrecionales y exorbitantes. Posteriormente su gestión estará referida a la recepción del bien, obra o servicio, que involucra la elaboración del acta de recibo o la aprobación del informe final, la autorización de los pagos pendientes y la exigencia y aprobación de la ampliación de las

garantías según lo pactado en el contrato –y advertido en el pliego de condiciones: en este último aspecto, la Administración debe ser especialmente cuidadosa y realizar las observaciones técnicas pertinentes cuando recibe la obra o el bien objeto del contrato, y tener presente que el contratista es responsable cuando un vicio desconocido, pero que debió conocer, produce la ruina o amenaza de ruina del edificio durante los diez años siguientes a la entrega de la obra.

Las labores de control del estado y avance del contrato comúnmente –y así es recomendable– son ejercidas por dos instancias distintas y por dos responsables diferentes: el interventor, que puede ser externo o vinculado por contrato, y el supervisor, que es el representante de la entidad pública en el día a día de la ejecución. El control se orienta básicamente a verificar que las obligaciones del contratista se cumplan en los plazos pactados en el contrato e informar sobre el estado y avance, información que siempre será relevante pero sobre todo en situaciones de incumplimiento: una reacción oportuna de quien controla la ejecución del contrato no sólo puede evitar que se incurra en incumplimiento o morigerar sus efectos, sino que, si la situación se hace insalvable, la entidad se encontrará jurídicamente legitimada para adoptar las decisiones y los correctivos que sean del caso en el tiempo y previo el agotamiento del procedimiento que corresponda.

Con el fin de precaver conflictos asociados a la etapa de gestión contractual, a continuación se presentan las principales causas de falla de las entidades públicas que derivan en procesos de responsabilidad contractual en su contra.

3.1.1 Falta de previsión en la ejecución del contrato

Esta causa se presenta en aquellos casos en que la iniciación o ejecución del contrato se ven afectadas o impedidas por cuenta de una omisión de la entidad o su indisponibilidad de algo que es necesario para el desarrollo del contrato.

Las principales evidencias de esta causa son las siguientes:

(i) El plazo del contrato está por vencerse y la entidad, debiendo hacerlo, no lo suspende, o se vence sin que lo prorrogue a pesar de que así se requería para el cumplimiento del objeto⁴⁹;

(ii) El objeto del contrato se ha desbordado⁵⁰;

(iii) El precio pactado inicialmente no alcanza a cubrir las erogaciones derivadas del cumplimiento del vínculo contractual⁵¹; o,

(iv) La ejecución del objeto recae sobre un bien del que la entidad no dispone en el momento de iniciación del contrato⁵².

Medidas para la prevención del daño

Con el fin de precaver los efectos derivados de las situaciones antes enunciadas y en general de la falta de previsión en la ejecución del contrato, se recomienda:

1. Teniendo en cuenta que se trata de una causa estrechamente ligada al proceso de planeación del contrato, el éxito de la prevención del daño está en que, en el lapso comprendido entre el inicio del procedimiento de selección de la oferta y la celebración y perfeccionamiento del contrato, las entidades se aseguren de hacerse a todas las habilitaciones –fácticas, legales y estatutarias– necesarias para su iniciación y cabal ejecución, según los requerimientos que se haya establecido en las etapas de concepción y planeación del contrato, o sea, con anticipación más que suficiente.

2. Fortalecer los controles a la ejecución contractual, a través de medidas mediante las cuales se asignen responsabilidades especificadas y pormenorizadas a servidores públicos del nivel directivo⁵³, el establecimiento de protocolos o formatos⁵⁴ que garanticen el registro de memorias institucionales para cada contrato y el diseño de procedimientos claros –cómo y adónde– que consoliden rutinas burocráticas de flujo o circulación de la información, de manera que quien tenga la competencia y el deber de adoptar las soluciones esté en condiciones de hacerlo oportunamente. Así por ejemplo, es urgente que quien responde por la supervisión del contrato disponga de permanentes reportes de los demás funcionarios involucrados en la actividad y del interventor, de forma que se cuente con el tiempo necesario para redactar la minuta de una prórroga contractual, acordar una suspensión de la ejecución –que puede implicar una negociación más o menos compleja– o hacer las modificaciones que sean del caso para completar el contrato, esto es, para ajustarlo a las condiciones reales en que debe ejecutarse.

3. La suspensión de contrato⁵⁵, si bien pudiera considerarse perjudicial por la parálisis de su ejecución, termina siendo beneficiosa para morigerar –y en ocasiones evitar– el encarecimiento de la prestación por hechos que sean de responsabilidad de la entidad pública o imprevisibles: con el concurso del contratista –pues, además de que sería de su interés que se atendiera la vicisitud contractual, la naturaleza del convenio exige que sea de común acuerdo⁵⁶– puede pactarse un período de suspensión que resulte suficiente para que el equipo y el personal destinados al cumplimiento del contrato sean dedicados por el contratista a atender otra actividad. En el documento, deben las partes dejar consignadas las acciones que se adelantarán para remover los obstáculos que impiden la ejecución del contrato y las condiciones que deberán darse para la reiniciación de la ejecución contractual, así como las repercusiones económicas: cabe recordar que para el Consejo de Estado, “(...) el hecho de no haberse previsto en el acta de suspensión lo atinente a las consecuencias económicas de la misma o a la falta de salvedades previas por el contratista, no significa que haya renunciado a formular reclamaciones y más si aquélla tuvo origen en circunstancias que no le son imputables a él. Pero lo anterior no impide que las partes procedan, ante la determinación de suspender el contrato, a definir las contraprestaciones económicas de cada una de ellas durante el término de suspensión, vale decir, que desde ese momento las partes convengan cuáles serán las actividades que seguirán a cargo del contratista de manera que se eviten futuras reclamaciones y la negativa al reconocimiento de las mismas por parte de la entidad contratante”⁵⁷.

4. Por último, es preciso tener en cuenta que la contratación, entendida como un instrumento para alcanzar los fines estatales y satisfacer el interés público, hace que la administración se encuentre facultada para modificar los diseños y estudios previstos inicialmente para la ejecución de una obra pública, cuando éstos adolezcan de errores o sean insuficientes o inadecuados, independientemente de la responsabilidad que ello pueda generar⁵⁸.

En tal sentido tratadistas como Roberto Dromi han señalado que “El principio de mutabilidad de los contratos administrativos es una consecuencia impuesta por finalidades del interés público, dado que con ellos se tiende a lograr una más eficiente realización de la “justicia distributiva (...) las modificaciones en el contrato pueden traducirse tanto en aumento (adicionales) como en una disminución (reducciones) de las prestaciones”⁵⁹.

Lo anterior significa que la administración no tiene otro camino distinto al de solucionar los problemas que se deriven de las deficiencias en el diseño del contrato con el fin de permitir su desarrollo normal.

3.1.2 Mora o falta de pago del anticipo

Esta causa abarca los casos en que la entidad:

- (i) Incumple la entrega o el pago del anticipo pactado en el momento contractual que corresponde⁶⁰;
- (ii) Hace un pago parcial⁶¹ o,
- (iii) No lo paga hasta que le es reclamado y ordenado judicialmente⁶².

Medidas para la prevención del daño

Con el fin de precaver este tipo de situaciones, se recomienda:

- 1.** La única medida de prevención efectiva es asegurarse de que la entidad cumplirá con la ley y el contrato: en otras palabras, dar trámite oportuno a la cuenta de cobro del anticipo.
- 2.** No obstante, también es recomendable la fijación de criterios que sirvan para determinar en qué casos el pacto de anticipo es imprescindible para la correcta ejecución del contrato –como cuando se requiere el transporte de equipos o la adquisición de insumos: que la regla sea que el pago del valor de los contratos se efectúa en proporción al avance o ejecución de las obligaciones contractuales y contra la presentación de las cuentas de cobro respectivas; y la excepción, que el anticipo se pacta sólo cuando el objeto contractual exija financiar al contratista su instalación o la iniciación de la ejecución.
- 3.** Son también importantes las acotaciones del Consejo de Estado en su jurisprudencia sobre la materia:

a) La demora por parte de la entidad para el pago del anticipo o para reconocer los reajustes a los que tiene derecho el contratista puede ser causal de rompimiento del equilibrio económico del contrato. El contratista tiene la calidad de asociado y por lo tanto tiene garantías que deben ser respetadas por la Administración. El debido proceso debe subyacer a la relación entre la entidad y el particular⁶³.

b) Las entidades deben pagar en tiempo los reajustes pactados por las partes. Así mismo, entregar el anticipo en tiempo y reconocer los reajustes a que haya lugar por la mora en la entrega de dicho anticipo⁶⁴. El anticipo sólo se puede otorgar y aprobar una vez perfeccionado el contrato⁶⁵.

c) Si un contrato no puede ejecutarse porque no se entrega al contratista el anticipo que habían acordado, hace a la entidad la única responsable del incumplimiento del contrato objeto. En forma reiterada ha dicho la Corporación que, cuando el contratista ha satisfecho todas las exigencias para el perfeccionamiento del contrato y la Administración falta a su compromiso, vulnera los principios de lealtad y buena fe que gobiernan la correcta ejecución de los contratos, y en consecuencia, debido a ese comportamiento censurable, está obligada a indemnizar los perjuicios producidos a la parte que fue fiel al mismo⁶⁶.

d) En el clausulado del contrato deben definirse las especificaciones que no supongan detrimento para la entidad: si bien el Consejo de Estado tenía sentado en su jurisprudencia que los rendimientos financieros del anticipo pueden pactarse por partes iguales o en cualquier proporción⁶⁷, con la expedición del Decreto 2170 de 2002 ha quedado claro que dichos rendimientos financieros son del Tesoro Público⁶⁸.

e) Las entidades no pueden retener dineros que les adeuden a los contratistas como medida de presión para el cumplimiento de sus obligaciones; y si no se ha pagado el anticipo, obviamente no puede aplicarse a la fórmula de reajuste el descuento para el reembolso de dicho anticipo⁶⁹.

f) La Administración debe entender que el anticipo es una financiación al contratista para que inicie las obras, que debe ser amortizado conforme se vaya ejecutando⁷⁰.

g) Verificado el incumplimiento de la Administración por no haber pagado el anticipo al contratista, es preciso establecer si además de las utilidades dejadas de percibir por el incumplimiento del contrato, tiene derecho a ser indemnizado por el costo en que haya incurrido en virtud del contrato⁷¹.

3.1.3 Incumplimiento de la Administración para la idónea ejecución del Contrato

Esta causa refiere las controversias en que la entidad es consciente de una falencia que afecta la ejecución del contrato o de un hecho que se presenta intempestivamente, pero no adopta los correctivos necesarios para garantizar la buena marcha del contrato. Se trata de situaciones sorprendidas o imposibles de anticipar que, una vez acaecidas, exigen una acción de la entidad que encauce de nuevo el contrato en la legalidad y la equivalencia de prestaciones.

Los casos incluyen aquellos en que la entidad:

(i) No se aviene a celebrar un contrato adicional a pesar de haber aprobado la ejecución de obras adicionales⁷²;

(ii) Ha suscrito un contrato en el que conjuga el arriendo y explotación de equipos que, al ser entregados al contratista, no están en las condiciones inicialmente ofrecidas⁷³ y la entidad no reconoce tal hecho, y en consecuencia, no tramita las modificaciones del caso;

(iii) Suspende de hecho un contrato, esto es, sin suscribir el acta respectiva⁷⁴ o se abstiene de suspenderlo a sabiendas de que la escasez de un insumo impide la ejecución del objeto⁷⁵;

(iv) Se obliga por pacto contractual a obtener una licencia ambiental a la que está supeditada la iniciación de los trabajos o a tramitar una licencia de importación de los insumos para los que ha celebrado un contrato de suministro⁷⁶ y no lo hace en tiempo, con lo cual se retrasa el inicio en la ejecución de los trabajos;

(v) Se abstiene de colaborar y dar apoyo recíproco al contratista, porque así lo requiere la ejecución del proyecto⁷⁷ y a pesar de haberse comprometido a ello;

(vi) Asume expresamente las consecuencias derivadas del riesgo regulatorio o impositivo, como cuando pacta y se obliga contractualmente a revisar los precios del contrato si se dan incrementos en el salario mínimo o a reconocer el importe de nuevos gravámenes que afecten alguna de las actividades objeto del contrato, y luego se resiste a pagar el incremento surgido del supuesto jurídico que se realiza⁷⁸.

Medidas para la prevención del daño

Frente al acaecimiento de situaciones durante la ejecución del contrato que demanden una respuesta de la entidad que se traduzca en una gestión eficiente, se recomienda:

1. Fortalecer la actividad gerencial y la definición de adecuados criterios de gestión en la administración del contrato. Buena parte de las controversias asociadas a esta causa podrían evitarse si los servidores públicos ejercieran sus facultades legales e hicieran uso cabal de la potestad discrecional.

2. De igual manera se recomienda la adopción por parte de la entidad de políticas que rompan el incentivo a la inactividad –sin duda menos riesgosa para el responsable de la gestión contractual– y permitan a la entidad aprehender de su experiencia. El fin en ese sentido debe ser, como lo tienen claro los agentes del sector privado con los que el Estado contrata, la delineación de estrategias encaminadas a optimizar los beneficios producidos por su actividad contractual, máxime cuando están creados los instrumentos a usar⁷⁹ y previsto el catálogo de principios⁸⁰ que habrían de privilegiar los representantes de las entidades. Las consecuencias patrimoniales para el Estado derivadas de las conciliaciones⁸¹ son la mejor evidencia de cómo una solución ágil –por aquello del costo de oportunidad, que dispone favorablemente al contratista frente a la negociación– apareja beneficios que, incluso, superan lo meramente económico: mayor legitimidad al servicio público, sólo por atender la sabiduría popular cuando enseña que ‘más vale un mal arreglo que un buen pleito’⁸².

3. En relación con el contrato adicional, los ordenadores del gasto deben tener presente la limitación establecida por el artículo 40 del Estatuto Contractual, en el sentido de que los contratos no pueden adicionarse en más de 50% de su valor inicial. Así mismo que, salvo en los casos de modificación unilateral, no puede variarse el objeto contractual en virtud de un contrato adicional, y que no tiene ese alcance un cambio de calidades de un bien o servicio o de cantidades de obra –que en casos de contratos a precios unitarios– ni siquiera requiere de contrato adicional: basta con la autorización escrita del interventor o del supervisor del contrato en su defecto. De manera que deberá suscribirse un contrato adicional cuando quiera que cambie el valor del contrato celebrado bajo la modalidad de precio global, o el monto del precio unitario asignado a uno o varios ítem; o cuando deba ejecutarse obras o servicios que no se contemplaron en el objeto inicial⁸³.

Pueden también formularse otras recomendaciones puntuales:

4. La entidad debe propender por la inclusión en los pliegos de condiciones de la asignación de los riesgos involucrados en el contrato, que privilegie el principio de que deben ser asumidos por la parte que esté en mejores condiciones para evaluarlos, controlarlos o administrarlos. Así como recomendar que, antes de incorporar al clausulado del contrato una disposición en la cual la entidad se comprometa a reconocimientos de incrementos por cambios de la regulación, en los pliegos de condiciones se prevenga a los potenciales participantes para que en sus propuestas definan por cuenta de cuál de las partes corre ese tipo de riesgos⁸⁴.

5. Las entidades deberán incluir en los contratos de ejecución sucesiva, cláusulas en las que se prevean los mecanismos y fórmulas de reajuste que se aplican ante la variación de precios que se produzca como consecuencia del simple paso del tiempo o por la ocurrencia de hechos imprevisibles. De igual manera deberán hacer uso de las herramientas que la normatividad ha creado para que al tomar sus decisiones cuenten con los elementos técnicos y legales suficientes para sustentar el reconocimiento de mayores valores en los contratos o para determinar a cuál de las partes corresponde una carga derivada de un hecho no previsto inicialmente que afecta la ejecución y/o el valor del contrato, tales como el peritaje técnico a que se refiere el artículo 74 de la Ley 80 de 1993.

3.1.4 Mora de la Administración en el pago

Esta causa se evidencia en aquellos casos en que la entidad sin razón aparente –en tanto se cuenta con la disponibilidad presupuestal que cubre el valor del contrato⁸⁵, no adelanta oportunamente los trámites administrativos necesarios para pagar al contratista, incurriendo de esta manera en retardos injustificados en el cumplimiento de sus obligaciones.

Así, la causa aglutina casos en los cuales la entidad:

(i) Desconoce lo ordenado en una providencia judicial que ordenaba el pago de intereses a un contratista o la exigibilidad de lo decidido en un laudo arbitral en su contra⁸⁶;

(ii) Los productos del contrato se reciben a satisfacción pero la entidad se resiste a pagar alegando, por ejemplo, que el contrato nunca se perfeccionó⁸⁷;

(iii) En la liquidación de común acuerdo define un saldo a favor del contratista y no lo paga⁸⁸;

(iv) La entidad no paga en el plazo señalado en el contrato las cuentas de cobro parciales⁸⁹.

Medidas para la prevención del daño

Con el fin de precaver los conflictos derivados de incumplimiento de compromisos adquiridos en la liquidación, se recomienda:

1. Fortalecimiento de la capacidad de gestión en el contrato, como que se trata de compromisos que han de ser asumidos de acuerdo con las limitaciones presupuestales y administrativas de cada entidad. Si bien siempre habrá casos en que la mora es imposible o difícil de evitar, como en los créditos judicialmente declarados –sobre cuya fecha de expedición nunca hay certeza–, son verdaderamente recurrentes aquellos en que la entidad no puede cumplir los términos que a *motu proprio* se ha impuesto en la minuta de contrato adjunta a los pliegos de condiciones, esto es cuando ni siquiera los participantes en el procedimiento licitatorio le han solicitado la fijación de dichos plazos.

2. Como quiera que para el Consejo de Estado, de acuerdo con el Código de Comercio, a falta de disposición contractual un mes es un término prudencial para pagar una cuenta⁹⁰, la recomendación no puede ser otra diferente a que en los contratos las entidades pacten, de todas formas, un plazo para efectuar los pagos pero teniendo en cuenta la realidad de la rutina administrativa que deba surtir para hacerlos efectivamente.

3. Dado que la incursión en mora puede provenir de situaciones o momentos anteriores a la ejecución del contrato, de nuevo ha de insistirse en la necesidad de afinar el ejercicio de planeación y presupuestación de los planes de compra o inversión de las entidades que se tiene proyectado materializar a través de la celebración de contratos. Recuérdese que la jurisprudencia ha dejado sentado que las entidades deben cancelar en tiempo las cuentas de cobro presentadas por los contratistas con los reajustes a que haya lugar: de lo contrario deberán cancelar lo concerniente a actualización e intereses⁹¹, que serán los regulados en el Estatuto Contractual⁹² si en el contrato no se han pactado⁹³ –pacto que es potestad de las partes siempre y cuando no incurran en usura⁹⁴.

Claro que, para equilibrar las cargas, la Corporación ha precisado que cuando se impone al contratista la devolución de lo indebidamente pagado, la suma debe actualizarse y causa intereses de 6% anual sobre el valor histórico a título de lucro cesante⁹⁵.

4. Por otra parte, dado que la jurisprudencia interpreta que si la Administración no paga en tiempo las actas de obra ejecutada o, en general, las cuentas de cobro, le acarrea inconvenientes al contratista, tanto desde el punto de vista financiero como operativo⁹⁶, e incluso en situación de insolvencia⁹⁷, es definitivo que se busquen formas de superar los inconvenientes derivados de su propio incumplimiento: es absurdo que la entidad que no tiene recursos para pagar, ordene que continúe la ejecución del contrato⁹⁸. ¿Por qué no, más bien, se promueve una suspensión del contrato? Esa sería una decisión de gestión idónea pues, aunque el sobrecosto será inevitable, lo morigeraría.

5. Por último, la Administración Pública debe tener presente que:

a) El retardo injustificado en el pago de las cuentas es visto por el Consejo de Estado como una conducta asumida –la de diferir el cumplimiento de los compromisos

adquiridos— que trae consigo diversidad de perjuicios para el contratista, como el de privarlo en parte del provecho económico que hubiera podido obtener en el evento del cumplimiento⁹⁹.

b) La entidad que declara la caducidad de un contrato por la mala calidad de los productos suministrados no está exenta de pagar lo que adeude por ese concepto si el suministro se ha surtido antes de la caducidad, recibido a satisfacción por la entidad y reconocido su pago por resolución, por lo que cabe recomendar que tales certificaciones y compromisos no deben ser materializados sin las seguridades que sean del caso¹⁰⁰.

c) Las facturas cambiarias se emiten como título valor de contenido crediticio que da lugar a la acción cambiaria: estos títulos sólo podrán emitirse respecto de venta de mercaderías entregadas real y materialmente¹⁰¹.

d) El artículo 1653 del Código Civil expresamente prevé que si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, estos se presumen pagados¹⁰².

e) A la liquidación de intereses en los contratos celebrados y ejecutados bajo la vigencia del decreto ley 222 de 1983 se le deben aplicar las regulaciones previstas en el ordinal 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 y el Decreto Reglamentario 679 de 1994, por razones de justicia y equidad¹⁰³.

3.1.5 Falta de reconocimiento de reajustes, obras adicionales o mayor permanencia

Esta causa se refiere a aquellos eventos en que la entidad a conciencia de que de acuerdo con el contrato se han causado reajustes, ejecutado obras adicionales o extendido de hecho el plazo de una actividad (p. ej. el caso de mayor permanencia en obra), se abstiene de asumir formalmente su compromiso y de formalizarlo mediante las modificaciones al contrato que sean del caso. Se refiere entonces a las contingencias típicas de los contratos, cuya solución requiere de reconocimientos que la entidad no asume o no plasma en el contrato mismo.

Así, se manifiesta en los casos en que la entidad:

(i) Aprueba un reajuste pero nunca se avienen a pagarlo¹⁰⁴;

(ii) Se opone o resiste a desarrollar el procedimiento previsto en el contrato para la fijación del valor de una obra adicional¹⁰⁵;

(iii) Difiere en el momento de la liquidación la solución a un problema que afecta la economía y, por consiguiente, la buena marcha del contrato (por ejemplo, la revisión de precios¹⁰⁶).

Medidas para la prevención del daño

Frente a este tipo de situaciones, se recomienda:

1. El fortalecimiento en el contenido y alcance de los estudios previos debe contribuir a disminuir la reiteración de este tipo de casos, como contrapeso con el que deben contar las entidades para contener la tendencia del contratista al oportunismo y maximización de sus beneficios.

2. La utilización de instrumentos jurídicos como: la suspensión del contrato, que si es utilizada oportunamente puede morigerar los efectos patrimoniales de una mayor permanencia en obra, en tanto le da certeza al contratista¹⁰⁷ sobre el período en el que no deberá tener recursos físicos y humanos a disposición del contrato¹⁰⁸; la revisión de precios, la potestad de modificación unilateral de los contratos –que incluye la de las cantidades de obra¹⁰⁹– o la celebración de contratos adicionales, son prácticas de buena gestión reguladas en la Ley 80 de 1993 o delimitadas en sus alcances por la jurisprudencia que, como atrás se dijo, pueden predisponer favorablemente al contratista por el costo de oportunidad y la actitud de la entidad de dar solución a las contingencias en forma ágil, y significar una negociación ventajosa o ahorro de recursos públicos¹¹⁰.

3. En este punto conviene hacer un recuento puntual de los casos en que el Consejo de Estado, por daños antijurídicos que han sido atribuidos a esta causa¹¹¹, ha encontrado encuadrado el rompimiento del equilibrio económico de los contratos, por –entre otras razones de importancia– el interés de ilustrar a la Administración pública respecto a la diversidad de situaciones que ha asimilado la Corporación al concepto, como también

porque en varios de los pronunciamientos se mencionan medidas que han podido adoptarse para evitar el deber de indemnizar:

a) Si la Administración se demora en aprobar los diseños presentados por el contratista, afecta el equilibrio económico del contrato.

b) La modalidad de contratación a precio global no exime a la Administración de pagar las mayores cantidades de obra, ni impide que se rompa el equilibrio económico del contrato.

c) Los retrasos en la aprobación de un contrato dan lugar a la ruptura de su equilibrio financiero proyectado para la época de la oferta¹¹².

d) La demora de la entidad en el pago del anticipo o reconocimiento de los reajustes a los que tiene derecho el contratista puede ser causal de rompimiento del equilibrio económico del contrato. El contratista tiene la calidad de asociado y por lo tanto tiene garantías que deben ser respetadas por la Administración. El debido proceso debe subyacer a la relación entre la entidad y el particular. d) O, que las entidades deben pagar en tiempo los reajustes pactados por las partes. Así mismo, entregar el anticipo en tiempo y reconocer los reajustes a que haya lugar por la mora en el pago de esa suma¹¹³.

e) Todos los contratos son objeto de restablecimiento económico del contrato, incluido el de arrendamiento. La revisión periódica de precios es una facultad que puede usar la administración para impedir que se configure la ruptura del equilibrio económico¹¹⁴.

f) Cuando los factores de desequilibrio de la economía del contrato se presentan en curso de un contrato de tracto sucesivo y son sobrevinientes, no imputables a la parte que los alega, ni previsibles por los contratantes y son de magnitud ruinosa para el obligado, la situación se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión, que faculta al contratista para pedir la revisión judicial del negocio. Puede decirse entonces que en la búsqueda de la ecuación financiera los reclamos del contratista se juzgan con referencia a la ley y las condiciones económicas de su ejecución¹¹⁵.

g) Las entidades deben abstenerse de cambiar las condiciones de ejecución del contrato de manera que suponga más costos para el contratista, o si es inevitable para la buena marcha del contrato, debe proceder a reconocer dicho sobrecosto injusto para impedir que las expectativas de utilidad del particular se vean menoscabadas¹¹⁶. g)' O que si la entidad ordena obras adicionales, debe pagarlas. La negativa de la entidad a suscribir un contrato adicional y a reconocer el valor de dichas obras demuestra un comportamiento inadecuado y de mala fe¹¹⁷.

h) La terminación unilateral del contrato por causas no atribuibles al contratista trae consigo la obligación de reconocerle un estimativo compensatorio¹¹⁸.

i) Si así se evidencia en las cláusulas de un contrato, el contratista tiene derecho al reajuste de su valor si las políticas gubernamentales afectan el equilibrio económico del contrato, el caso ya citado del aumento del salario mínimo¹¹⁹.

De igual manera, es preciso recoger la posición del Consejo de Estado en aquellos casos en que habiéndose reclamado a una entidad por el rompimiento del equilibrio económico de un determinado contrato, el fallo es absolutorio, por considerar que contribuyen a la definición de la estrategia de prevención del daño antijurídico¹²⁰:

a) La entidad debe tomar las precauciones para impedir que los proponentes presenten ofertas artificiales de precios, pero no está obligada a reconocer incrementos en el valor del contrato derivados de la imprevisión del contratista. a)' O, que la entidad debe asegurarse de que las estipulaciones de precio queden muy bien definidas para impedir que el contratista legitime una petición de restablecimiento del equilibrio económico, en el caso un error de cálculo en el análisis de un precio, que no abre la posibilidad de que se constituya en perjuicio indemnizable¹²¹.

b) Cuando haya necesidad de modificar el contrato para sortear dificultades en la ejecución, las entidades deben evaluar si las nuevas condiciones alteran el equilibrio económico para hacerse cargo de restablecerlo, sin olvidar que adiciones indefinidas pueden constituirse en fraccionamiento de contrato. b)' Como tampoco que los contratos adicionales sólo modifican aquellas cláusulas del original a que hagan referencia¹²².

c) La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede usar la Administración para resolver controversias surgidas en desarrollo de la ejecución del contrato; lo acordado por las partes en virtud del mecanismo vincula como un contrato, en tanto supone una transacción¹²³.

d) Una entidad incurre en mora en la entrega de los predios donde debía desarrollarse la obra, pero ordena actualizar los precios para cubrir los perjuicios recibidos por la contratista y accede a prórrogas. También demuestra que no era necesario que se entregaran todos los predios ni todos los diseños para que la contratista pudiera desarrollar sus labores¹²⁴.

e) Si el contratista pacta las ampliaciones de plazo, porque las prórrogas no se imponen de manera unilateral sino que son convenidas por las partes, para que la fórmula de reajuste de precios pueda ser revisada es necesario que el contratista formule tal pretensión y acredite la existencia de hechos sobrevinientes con capacidad de alterar el equilibrio financiero del contrato. En principio, la fórmula de reajuste se entiende suficiente para contrarrestar los efectos negativos de la prolongación del plazo del contrato¹²⁵. e) No puede solicitarse el reajuste de los precios si no están admitidos ni estipulados en el contrato¹²⁶.

Se insiste en la necesidad de crear las condiciones para que los servidores públicos hagan una adecuada gestión de los contratos, mediante el ejercicio oportuno e idóneo de esos mecanismos, en tanto las omisiones de la Administración en la atención a las vicisitudes contractuales no sólo pueden consolidar el reproche judicial y su deber de reparar, sino además agravar la situación jurídica de las entidades, dada la capacidad que esa inactividad puede tener para excusar el incumplimiento de sus contratistas. Lección elemental del derecho de los contratos la que enseña el Consejo de Estado al expresar que "(...) en contratos bilaterales las obligaciones son correlativas y penden en forma sucesiva unas de otras, y se van haciendo exigibles en la medida de la obligación anterior"¹²⁷.

3.1.6 Ilegalidad en la exigibilidad de las garantías

Esta causa se origina en decisiones de las entidades –sin respaldo legal– de declarar sucedido el siniestro, mediante la expedición de un acto administrativo en el que también

ordenan hacer exigibles las garantías expedidas para amparar las obligaciones del contratista.

En tal sentido, las evidencias que sustentan la causa son las siguientes:

- (i) Exigibilidad de garantías por siniestros que no estaban amparados en la póliza¹²⁸ y,
- (ii) Exigibilidad de garantías como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato sin haber liquidado el contrato¹²⁹.

Medidas para la prevención del daño

Frente a estas hipótesis, se recomienda:

1. Se recomienda la adopción de políticas en la entidad que obliguen a los responsables del manejo y supervisión de los contratos a mantener permanentemente informadas y actualizadas a las compañías de seguros, respecto del desarrollo del contrato, de forma que éstas se encuentren prevenidas frente a posibles incumplimientos, con el objeto de que frente a la declaratoria de siniestro como manifestación de la potestad de autotutela declarativa de la Administración pública se entienda ejecutable *per se*: en otras palabras, lo que se pretende es desestimular la utilización del mecanismo de impugnación judicial de la resolución¹³⁰.

2. La implantación de sistemas de seguimiento y control para asegurar que las garantías se encuentren vigentes por el término previsto en el contrato, amparen los riesgos que exija la naturaleza de las prestaciones del contratista y la verificación de que las garantías sean exigidas en función de las especificidades del contrato¹³¹.

3. En este punto cabe traer a colación las advertencias de la Corporación, que son en sí mismas medidas de prevención del daño antijurídico:

a) Ante la falta de perfeccionamiento del contrato procede la exigibilidad de la póliza de seriedad de la propuesta, no de la de cumplimiento¹³².

b) La póliza de cumplimiento debe amparar el plazo del contrato y el acordado u ordenado por la ley para hacer la liquidación¹³³.

c) La Administración debe realizar las observaciones técnicas pertinentes cuando recibe una obra y, en tal caso, hacer efectiva la póliza de estabilidad en el momento de presentarse el deterioro¹³⁴; pero, en todo caso, el contratista es responsable cuando un vicio desconocido pero que debió conocer produce la ruina o amenaza de ruina del edificio, dentro de los diez años siguientes a la entrega de la obra¹³⁵; y además, la liquidación del contrato no libera al contratista de responder por la estabilidad de la obra o la calidad del servicio¹³⁶.

d) Cuando el Estado reconoce, en acto administrativo, la existencia del siniestro de estabilidad de obra o de otros de carácter contractual en contra del asegurador, el crédito a favor de la Administración sí tiene fuente en el contrato estatal, pues el siniestro que debe indemnizar el asegurador es el reconocido por la Administración, y la causa del acaecimiento del riesgo asegurado no es nada menos que el incumplimiento del contratista Estatal¹³⁷.

e) Uno de los elementos que debe tener en cuenta la entidad para evaluar la idoneidad de la garantía es el pago de la prima: si no, la póliza puede ser revocada unilateralmente por la compañía aseguradora¹³⁸. Por consiguiente, para decidir sobre la aprobación de la garantía, la Administración debe exigir el recibo de pago de la prima sabiendo que, cuando se trata de contratos estatales, el plazo para cancelar dicha prima debe coincidir con el estipulado para aprobar la garantía¹³⁹.

5. En materia de defensa judicial de las entidades, son útiles estas prevenciones:

a) La legitimación en la causa debe mantenerse durante el trámite del proceso: si el contratista asegurado paga lo que reclama la entidad, la aseguradora pierde la legitimación y no pueden prosperar sus pretensiones en la sentencia¹⁴⁰.

b) La facultad compromisoria autoriza a la Administración y a los particulares para ceder a un juez, transitorio, ajeno al ordinario, del contrato, la facultad de juzgar los litigios, pero no le traslada las facultades o prerrogativas que la Administración tiene como tal, pues

ellas están contenidas en disposiciones de orden público, imposibles de modificar por un pacto entre las partes.

c) La cláusula compromisoria vigente no impide a la entidad, aún contra pacto expreso, declarar la ocurrencia del siniestro y hacer exigible la estabilidad de la obra, garantizada con póliza de seguros¹⁴¹.

3.2 Poder sancionatorio

Está demostrado que una atención oportuna de los requerimientos del contratista o de las contingencias nacidas de la ejecución contractual le significa, a las entidades públicas, ahorros de todo orden, no sólo porque puede asegurarse la prestación continua de los servicios públicos, la cual les ha sido asignada por la Constitución Política o la ley, sino porque la diligencia administrativa y el costo de oportunidad que conlleva, predispone al contratista a llegar a arreglos o acuerdos que le supongan sacrificio o renuncia de pretensiones, pero que a la vez le permitan ejecutar el contrato y evitar una discusión en estrados judiciales que podría significarle años de espera del fallo y, en consecuencia, la imposibilidad de consolidar su derecho.

Las principales fallas u omisiones de las entidades en esta etapa pueden resumirse así:

3.2.1 Uso arbitrario de poderes discrecionales

Esta causa se refiere a los errores en la adopción de decisiones que, sin tener el carácter de exorbitantes de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, son expresión de una facultad unilateral de la Administración, que se adopta discrecionalmente con la fuerza que le asigna la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos.

Para efectos de clasificación en este documento y por no encontrar univocidad en la jurisprudencia y doctrina respecto a si decisiones como las de declarar el incumplimiento o imponer multas tienen naturaleza jurídica de potestad exorbitantes, se ha estructurado esta causa en la que se enlistan y analizan actuaciones unilaterales de las entidades, adelantadas en el ámbito de la decisión discrecional, que no obstante tienen potencialidad para producir daños antijurídicos.

Así, se presenta en los siguientes casos:

(i) Imposición ilegal de multas, por extemporaneidad por ejemplo, como cuando es impuesta luego del vencimiento del término del contrato y no tiene ninguna posibilidad de constituirse en medida de apremio al cumplimiento¹⁴²;

(ii) Declaración de incumplimiento después de que el contrato se ha liquidado de común acuerdo¹⁴³;

(iii) Declaración de exigibilidad de la cláusula penal pecuniaria luego de que las obras, bienes o servicios fueron recibidos a satisfacción por la entidad¹⁴⁴; y,

(iv) Revocatoria directa de actos de contenido particular y concreto sin consentimiento del titular del derecho¹⁴⁵, que incluye el desconocimiento, por acto administrativo, de los efectos de un pacto contractual¹⁴⁶.

Medidas para la prevención del daño

Con el fin de precaver fallas asociadas al uso arbitrario de los poderes discrecionales de la Administración, se recomienda:

1. Es conveniente tener en cuenta el alcance que tiene la decisión discrecional conforme a la doctrina¹⁴⁷ y cuáles ha definido la ley¹⁴⁸, la jurisprudencia y doctrina deben ser la oportunidad y finalidad de su ejercicio.

Respecto de los supuestos fácticos y jurídicos contemplados en la jurisprudencia del Consejo de Estado asignada a esta causa, que sin duda se constituye en materia prima para la definición de las doctrinas que deben orientar la adopción de decisiones discrecionales y evitar que éstas se adopten cuando no sean necesarias para satisfacer el interés público, se recogen los siguientes:

a) En lo atinente a la imposición de multas se expresa, en las sentencias analizadas, que no comporta ninguna exorbitancia que las partes de un contrato pacten una cláusula de multa en caso de inexecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor. Los contratos estatales, cualquiera que sea su objeto de acuerdo con la clasificación del artículo 32 de la Ley 80, son ante todo contratos

y como tales vinculan a las partes contratantes, que están obligadas a cumplirlos en su tenor y en ellos tienen plena aplicación los principios que recogen los artículos 1602 y siguientes del Código Civil. En consecuencia, tanto la entidad como el contratista deberán cumplirlos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas en principio son inalterables¹⁴⁹.

b) Es también importante destacar que la Administración puede sancionar –imponer multas– sin acudir al trámite previo y sin que, por tal motivo, desaparezca el derecho fundamental de defensa que en todos los casos asiste al contratista, pues a través de los recursos de la fase administrativa logra ser oído antes de acudir a la vía jurisdiccional¹⁵⁰.

Sobre este punto es preciso reiterar que según lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, el debido proceso como principio general del derecho debe informar las actuaciones de todos aquellos que intervengan en la contratación pública, de lo cual se desprende que debe proveerse al contratista de los mecanismos que garanticen su derecho de contradicción respecto de las decisiones de la Administración¹⁵¹.

c) Las multas convenidas son de naturaleza contractual y en esa medida no es necesaria la autorización del contratista a la entidad contratante para que descuente y tome directamente el valor de las multas de cualquier suma que le adeude aquella, puesto que la compensación en los términos del artículo 1715 del Código Civil “se opera por el sólo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores”. Sin embargo, si el plazo contractual está vencido cuando se expide la resolución que impone la multa, está viciada de nulidad por cuanto la Administración ha perdido su competencia para ejercer sus poderes sancionatorios directamente¹⁵².

d) En materia de declaratoria de incumplimiento, la jurisprudencia también ha sentado su posición. En cuanto a la oportunidad ha enseñado que la Administración está facultada para declarar el incumplimiento aun después de vencido el plazo de ejecución del contrato, y hasta antes de la liquidación¹⁵³.

e) Si un contratista incumple el contrato porque no entrega las obras totalmente terminadas al vencimiento del plazo pactado para su ejecución, es conforme a derecho

declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, imputable a los perjuicios que se causen a la entidad por el hecho del incumplimiento de dicho contratista¹⁵⁴. e)' No obstante, la Corporación ha recomendado que las entidades evalúen su conducta contractual antes de adoptar decisiones respecto al incumplimiento del contratista, como en el caso en que se pretende la exigibilidad de la cláusula penal pecuniaria, a pesar de haber antecedido el incumplimiento de la propia entidad¹⁵⁵; en esto la Administración pública ha de atenerse al hecho de que, para el Consejo de Estado, el incumplimiento recíproco de las partes impide que una de ellas resulte indemnizada y, a la declaratoria de nulidad de la resolución que declare el incumplimiento en esas circunstancias¹⁵⁶. e)'' Ahora bien, si el contratista no entrega la totalidad de la obra en el tiempo estipulado, no se configura la excepción de contrato no cumplido si no se demuestra el incumplimiento de la entidad¹⁵⁷. e)''' De allí que, aunque las entidades están habilitadas para no recibir las obras que no se entregan de acuerdo con las especificaciones técnicas, deben hacerlo constar así en un acta suscrita por el interventor. En esa misma acta deben reconocerse los pagos a los que tenga derecho el contratista¹⁵⁸. e)'''' Finalmente, es claro que la Administración puede declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato luego de su vencimiento, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; y que los incumplimientos del contratista durante la ejecución del contrato le dan pie a la Administración para imponer multas, para caducarlo o para hacer exigible la cláusula penal pecuniaria. Pero también lo es que no puede caducarlo por incumplimiento luego de terminado, ni declarar el incumplimiento cuando ya liquidó el contrato sin objeciones de cumplimiento: es trascendental que la Administración asuma que renuncia a toda posible reclamación si suscribe el acta de recibo definitivo, en la que conste que el contratista ha cumplido según los términos del contrato y pliego de condiciones¹⁵⁹.

f) Si un contrato principal se encuentra suspendido y no existe acta de reiniciación de obra, el contrato no puede comenzar a ejecutarse por las partes: en estas condiciones la jurisdicción no acepta que se impute incumplimiento a la entidad¹⁶⁰.

g) En cuanto a la abstención de la Administración pública de adoptar decisiones que la atención del interés público reclama, cabe recordar que las entidades deben responder los derechos de petición que les sean formulados en desarrollo de contratos, porque muchas veces –expresa el Consejo de Estado– el silencio se configura como positivo y la entidad

resulta comprometida más allá de sus previsiones iniciales: no puede desconocerse el riesgo que suponen las peticiones temerarias que, si no son respondidas en tiempo, pueden constituirse en fuente de obligaciones, al punto de que la referida Corporación ha considerado como inexistente el acto que resuelve extemporáneamente un derecho de petición numeral¹⁶¹. g)' Aunque en esto ha de estar sujeto a la precisión del mismo Consejo de Estado, que disciplina los efectos jurídicos de la omisión, al aclarar que el silencio administrativo no es fuente de obligaciones y cuando ocurre sólo autoriza, habilita o reconoce derechos preexistentes del contratista, de manera que la fuente obligacional está en estos derechos y no en la omisión en responder, aunque se haya protocolizado ante notario¹⁶².

h) La regulación de inhabilidades es competencia del legislador y no puede ser materia de reglamentos internos, según la Ley 19 de 1982¹⁶³.

i) La revocatoria de un acto no revive los términos legales, salvo que contenga puntos nuevos¹⁶⁴. i)' Y la revocatoria directa de actos administrativos de contenido particular y concreto sólo procede con consentimiento del titular del derecho. Para la nulidad de un acto de tales características, la entidad debe ejercer la acción de lesividad¹⁶⁵.

j) Los actos administrativos que encuentran sustento jurídico en una cláusula contractual que adolezca de nulidad absoluta también se hallan afectados de ilegalidad, al configurarse causales de violación directa de la ley como las de incompetencia o falsa motivación¹⁶⁶.

k) Si una entidad no firma el acta que reconoce un porcentaje de reajuste de los precios y tampoco cancela valor alguno por este concepto, incurre en incumplimiento contractual¹⁶⁷.

3.2.2 Extemporaneidad en el ejercicio de poderes exorbitantes

Para efectos de clasificación en este Manual, se entiende por potestades exorbitantes las comprendidas por los artículos 15 a 19 del Estatuto General de Contratación Administrativa, Ley 80 de 1993, es decir, interpretación, modificación y terminación unilaterales, y caducidad. No obstante, es preciso dejar en claro que para la jurisprudencia más reiterada y la doctrina más autorizada, también es exorbitante la

facultad de liquidar unilateralmente un contrato, materia que en este documento se aborda en la causa *Obligación de liquidar oportunamente el contrato*.

Se trata entonces de la causa que se presenta en los casos en que la entidad ejerce los poderes exorbitantes de que está investida¹⁶⁸ cuando la oportunidad legal para el efecto se ha agotado.

Así, se presenta en los eventos en que ha habido:

(i) Interpretación, modificación, terminación unilateral¹⁶⁹ o declaratoria de caducidad de manera extemporánea;

Medidas para la prevención del daño

Con el fin de precaver las consecuencias de responsabilidad en cabeza del Estado por el abuso en el uso de los poderes exorbitantes de que está investido en materia contractual, en razón al interés público allí involucrado, se recomienda:

1. En principio, el límite temporal para el ejercicio de las potestades exorbitantes está determinado por el llamado plazo de ejecución de las obligaciones, derivándose de tal posición que es legal su declaratoria, aun cuando el plazo del contrato mismo esté vencido. Así por ejemplo, el Consejo de Estado encuentra que en un contrato de arrendamiento, mientras no se reintegre el inmueble por parte del arrendatario, es legal el ejercicio de potestades exorbitantes luego de vencido el término del contrato, tesis que defiende la Corporación acudiendo a la diferencia entre el plazo de ejecución de las obligaciones y el del contrato¹⁷⁰. O en otro caso, esta vez de obra pública, en el que considera legal una caducidad decretada después de vencido el plazo del contrato, puesto que el contratista estaba todavía en ese momento en mora de ejecutar obras, en una decisión amparada en la tesis de que el término para tal efecto se extiende hasta la liquidación del contrato¹⁷¹.

Afinando el criterio, en otra decisión mantuvo el Consejo de Estado que debe diferenciarse el vencimiento del plazo del de la extinción de las obligaciones: si no se presenta uno de los modos de extinción, las obligaciones persisten y por ende el contrato

que las generó. El plazo determina la oportunidad para hacer exigibles las obligaciones, no su extinción, luego en esas circunstancias es procedente la declaratoria de caducidad del contrato¹⁷².

2. En consonancia con lo anterior no deberá declararse el incumplimiento ni liquidar unilateralmente el contrato con posterioridad al vencimiento del término contractual si se ha agotado el objeto de la relación negocial, toda vez que a partir de ese momento la Administración carece de competencia material para calificar la conducta de su contratista como incurso en incumplimiento¹⁷³.

Conviene en este punto tener en cuenta la normatividad que se ha producido en materia de control fiscal¹⁷⁴ que señala que “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”.

A pesar de lo anterior, queda la duda respecto a qué plazo de ejecución es el que refiere: ¿el del contrato o el de las obligaciones que éste impone? Al revisar la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el particular el interrogante no se aclara pues no ha diferenciado los plazos de ejecución del contrato y las obligaciones, ni extendido la competencia de la Administración para el ejercicio de las potestades exorbitantes después de vencido el plazo del contrato¹⁷⁵.

3. Los poderes exorbitantes deben ser ejercidos en vigencia del plazo del contrato. Respecto de las consideraciones que han de observar para su ejercicio, las entidades deberán tener en cuenta la posición del Consejo de Estado, en el sentido de que dichos poderes no sólo pueden sino que deben ser ejercidos cuando se encuentren seriamente comprometidos los intereses de la Administración: por lo que el representante al adoptar una decisión en este sentido, deberá observar que la misma sea “(...) adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”¹⁷⁶, ingredientes normativos que en la práctica se concretan en la atribución al funcionario de la facultad de apreciar o juzgar circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia que deberán, inexcusablemente, verse en el texto del acto administrativo que contenga la

decisión de que se trate, que no es otra cosa que la obligación de motivar los actos, como garantía del ejercicio de un control efectivo a la actuación administrativa.

4. La Corporación también ha proferido admoniciones para que la Administración defina con toda claridad en el clausulado del contrato sus potestades, por más que estén en la ley¹⁷⁷.

5. Por último, ha precisado que al no declararse expresamente la caducidad de un contrato adicional de prórroga, no puede hacerse efectiva la garantía, pues la vigencia de ésta es ampliada en razón y para cobijar lo pactado en el contrato adicional¹⁷⁸.

3.2.3 Ejercicio arbitrario de poderes exorbitantes

En esta causa se recogen casos como el de una entidad que¹⁷⁹:

(i) Tras incumplir sus obligaciones contractuales para la iniciación del contrato y cuando dispone de los estudios previos necesarios para la ejecución del contrato, declara su terminación por encontrarlo contrario al interés público¹⁸⁰;

(ii) Intempestivamente declara la caducidad de un contrato que se ha ejecutado a satisfacción de la entidad en más de la mitad de su término o cuando los bienes, obras o servicios han sido recibidos a satisfacción¹⁸¹;

(iii) Declara la caducidad de un contrato ante la solicitud del contratista de darlo por terminado de común acuerdo, dada la aparición de cantidades de obra que no está en capacidad de atender¹⁸²;

(iv) Termina unilateralmente un contrato por inexistencia del rubro presupuestal al que debían imputarse sus pagos¹⁸³; y,

(v) incumple obligaciones de hacer en desarrollo de un contrato y después modifica unilateralmente las condiciones del mismo afectando el equilibrio económico –y no lo resarce¹⁸⁴.

Medidas para la prevención del daño

Con el fin de precaver la ocurrencia de excesos en el uso de poderes exorbitantes:

1. Por criterio de precaución, cabe sugerir que no se declare la caducidad de contrato o su terminación unilateral sin surtir antes una etapa de requerimientos o llamados de atención al contratista incumplido, que respete la regulación de la actuación administrativa prevista en el Código Contencioso Administrativo y, en esa medida, le garantice al contratista el debido proceso y el pleno ejercicio de su derecho de defensa¹⁸⁵, como tampoco cuando el contrato se ha ejecutado en su mayor parte y a satisfacción de la entidad. Es deber de la Administración pública recuperar y velar por el mantenimiento de la filosofía jurídica que ha apuntalado el principio, según el cual, el derecho reservado al Estado de imponer o aplicar sanciones sólo procede de manera residual, es decir, una vez ha agotado el cúmulo de prerrogativas de que también está dotado para obtener de los ciudadanos su sometimiento a la ley. Por eso enseña la Corporación que, antes de ejercer esos poderes exorbitantes, la entidad tiene la posibilidad de requerir el cumplimiento del contratista, incluso recurriendo a las multas, y que su responsabilidad se agrava si no lo hace cuando es obvio que ha debido percatarse del atraso¹⁸⁶.

2. Así mismo y en lo que atañe a las otras potestades exorbitantes reguladas en el Estatuto Contractual, se recomienda que las entidades agoten previamente una etapa de concertación con el contratista, encaminada a dotar de seguridad jurídica la interpretación de una estipulación o la modificación de las obligaciones contractuales; como también, que evalúen la viabilidad presupuestal y tramiten el correspondiente certificado –CDP– cuando la modificación del contrato suponga un mayor compromiso de recursos, para precaver litigios eventuales surgidos de la falta de reconocimiento de las cantidades de obra, bienes o servicios no previstas en el contrato original.

3. Por último, se recogen las consideraciones del Consejo de Estado que, como en otras causas, se enlistan por su potencialidad para prevenir la producción de daños antijurídicos:

a) Las entidades deben evaluar objetivamente la posibilidad de que circunstancias de fuerza mayor –como el invierno– se constituyan en justificación de un atraso, porque el

acto administrativo que declare la caducidad del contrato en esas condiciones puede ser declarado nulo por adolecer del vicio de la falsa motivación¹⁸⁷. a) Una evaluación errónea de la circunstancia en que se fundamenta la entidad para declarar una caducidad afecta al contratista y el interés público¹⁸⁸. a) De igual manera, una valoración precisa del riesgo de interés público en que puede transformarse el incumplimiento del contratista ampara la legalidad de la decisión de la Administración de declarar la caducidad¹⁸⁹.

b) Las entidades deben evitar caer en arbitrariedades como la de dar por terminado unilateralmente un contrato y luego ordenar de facto que se continúe la ejecución con el mismo contratista –quien cumple totalmente las obligaciones asumidas en el contrato a satisfacción del contratante–, y al final del contrato la entidad se niega a pagar lo debido aduciendo que había declarado la terminación unilateral del contrato¹⁹⁰. b) Deben también asumir que la caducidad, como facultad extraordinaria de las entidades, es un poder limitado en función del interés general. No es admisible en un contrato de prestación de servicios profesionales invocar la facultad de remoción de personal para proceder a declarar la caducidad del contrato: no sólo porque advierte una ausencia total de motivación en el acto demandado sino, adicionalmente, un error de la Administración al justificar una decisión en una inexistente facultad para producir la declaratoria de caducidad. La invocación de una competencia inexistente, la no observancia del mecanismo contractual pactado para desembocar en la declaratoria de caducidad, así como la ausencia de motivos de hecho o de derecho para fundamentar dicha caducidad, sólo merecen la imposición de la sanción de invalidez por nulidad del acto administrativo¹⁹¹.

c) Las entidades deben tener claridad en que la declaratoria de caducidad de un contrato no le confiere la facultad de desconocer la ejecución de mayor cantidad de obra ni su obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato alterado por esa razón¹⁹².

d) La Administración puede modificar unilateralmente el contrato sin disminuir su valor para no afectar la ejecución del mismo; y luego ajustar ese valor –por ejemplo en la liquidación del contrato o a través de una nueva modificación– al objeto realmente ejecutado, en el entendido de que dicha potestad de modificación se encamina a garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios o a impedir la afectación del

interés público¹⁹³. En cualquier caso debe recordarse que una modificación que altere el valor inicial del contrato en más de 20% le da derecho al contratista a renunciar a su ejecución, siendo de cargo de la entidad el pago de las prestaciones que haya alcanzado a cumplirse hasta ese momento.

e) De manera previa a la imposición de una modificación unilateral por parte de la entidad, ésta deberá agotar todos los instrumentos y mecanismos que le permitan una solución de común acuerdo¹⁹⁴.

f) El hecho de que el contratista haga caso omiso de la exigencia de una entidad para que cumpla una mera formalidad –en este caso la apertura de una cuenta conjunta con el interventor– no tiene el peso suficiente para que se declare la caducidad del contrato¹⁹⁵: aquí cobra de nuevo vigencia la recomendación de que la decisión de declarar la caducidad de un contrato administrativo –que comporta consecuencias en realidad graves para el contratista– sea adoptada con criterio residual, es decir cuando ya se hayan agotado las otras posibilidades y no exista medida efectiva para proteger el interés público involucrado en el contrato en cuestión.

4. Etapa de liquidación

Las actuaciones que son responsabilidad de la Administración pública en este momento de la actividad contractual –que de acuerdo con el artículo 60 del Estatuto Contractual deben surtirse dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato, salvo que las partes pacten otro término– se concretan en la elaboración del proyecto de acta de liquidación que, para intentar la liquidación de común acuerdo, se someterá a la aprobación del contratista: si éste formula reparos –por ejemplo, porque no incluye los valores correspondientes a obligaciones ejecutadas por el contratista– y la entidad los encuentra fundados, deberá proceder a efectuar los ajustes que sean del caso al acta y a suscribirla junto con el contratista¹⁹⁶.

Si no es posible llegar a un acuerdo, esto es si el contratista se rehúsa a una liquidación bilateral, la entidad deberá ejercer su potestad exorbitante y liquidar unilateralmente el contrato, expidiendo para el efecto una resolución debidamente motivada dentro de los dos meses siguientes a los cuatro destinados al intento de liquidación de común acuerdo, plazo que, si bien no está fijado en la ley, ha estimado como suficiente la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Claro que la jurisprudencia también ha dejado sentado que la Administración mantiene su competencia para liquidar unilateralmente un contrato durante el término de caducidad de la acción –dos años–, contado a partir del vencimiento de los cuatro meses en que ha debido liquidarse de común acuerdo.

Si la liquidación unilateral es recurrida por el contratista y la impugnación prospera, corresponderá a la entidad ajustar la liquidación en los términos en que sea decidido recurso.

Debe además señalarse que el demandante no puede pretender que el juez disponga rehacer los trámites de entrega y liquidación del objeto de un contrato, cuando la ley le otorga a la Administración la potestad de efectuarla unilateralmente en el evento en que exista desacuerdo de los contratantes: en tal caso, en sede judicial sólo resta ejercer el control de legalidad de los actos si se demandan; y si el Tribunal puede establecer el error en los valores de la liquidación del contrato, basta que se adicione a la condena la suma por concepto de “valores omitidos”, de manera que no se reabra indefinidamente un

debate que debe finiquitar la sentencia que resuelva la controversia suscitada entre las partes.

Cabe también advertir que cuando la Administración pública declara la caducidad y ordena el pago del riesgo asegurado, sin liquidar el contrato, viola la ley; por otra parte, la liquidación del contrato no libera al contratista de responder por la estabilidad de la obra o la calidad del servicio.

Las principales causas de condena al Estado en esta etapa del proceso contractual corresponden a las siguientes:

4.1 Obligación de liquidar correctamente el contrato (incluidos errores contables o aritméticos)

Esta causa se presenta en aquellos casos en que la entidad incurre en errores en la liquidación, conforme a los cuales:

(i) No incluye en la liquidación obras realizadas y no pagadas durante la ejecución del contrato¹⁹⁷; o

(ii) Aplica cálculos aritméticos equivocados que dan lugar a que no se le reconozca al contratista el valor real de las obras ejecutadas¹⁹⁸.

Medidas para la prevención del daño

En tal sentido, se recomienda:

1. Las entidades deberán ser muy cuidadosas en la elaboración de las actas de liquidación, de manera que éstas reflejen el balance de la ejecución del contrato en forma fidedigna, lo cual puede hacerse más eficiente y eficazmente si se transfiere, de modo contractual esa obligación al interventor en aquellos casos en que el contrato cuente con interventoría externa, o al menos, se le vincule para que preste su concurso mediante pacto contractual: la actividad del interventor debe empezar por la revisión y aval técnico

de los estudios previos y pliegos de condiciones, y terminar con la elaboración del acta de liquidación del contrato.

2. No obstante, sí es importante recordarle a los administradores públicos de los contratos, ciertas reglas fijadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el asunto, especialmente en materia procesal:

a) Para la Corporación es evidente que el demandante no puede pretender que el juez disponga rehacer los trámites de entrega y liquidación de la obra cuando la ley le otorgó a la Administración la potestad de efectuarla unilateralmente en el evento en que exista desacuerdo de los contratantes, caso en el cual en sede judicial sólo resta ejercer el control de legalidad de los actos si se demandan¹⁹⁹.

b) La posibilidad de revisión de una liquidación por el juez del contrato supone la declaratoria de nulidad parcial o absoluta del acto correspondiente. La pretensión de incluir nuevos rubros luego de una liquidación de común acuerdo no son admisibles, salvo que se decrete la nulidad de la liquidación por error manifiesto o vicios en el consentimiento o en la legitimidad de quien suscribió el acta²⁰⁰. Pero, si en la demanda no se pide la declaratoria de nulidad de las resoluciones que liquidan el contrato, no puede prosperar la revisión judicial de su contenido²⁰¹.

c) Respecto a la procedencia de la acción contra el acta de liquidación, ha sostenido reiteradamente la Corporación que "(...) la liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en el cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico, es un acuerdo entre personas capaces de disponer, por lo que las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad"²⁰²; de igual manera, afirmaciones tan genéricas y abstractas como "el contratista se reserva el derecho de reclamación" son insuficientes y por lo mismo ineficaces para dejar abierta la posibilidad a la controversia jurisdiccional de la liquidación²⁰³.

d) La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no se hicieron en ese momento²⁰⁴.

4.2 Obligación de liquidar oportunamente el contrato

Esta causa se evidencia en aquellos casos en que la entidad:

- (i) Se abstiene de darle cumplimiento a su obligación legal o contractual –según lo que se disponga en el pliego de condiciones– de liquidar el contrato en el término definido²⁰⁵;
- (ii) Desconoce el procedimiento previsto en el Estatuto Contractual de intentar la liquidación de común acuerdo²⁰⁶ o,
- (iii) Deja vencer el término para liquidar que la jurisprudencia le ha otorgado²⁰⁷.

Medidas para la prevención del daño

Como medidas para la prevención del daño originado en la falta de liquidación de los contratos, se recomienda:

- 1.** La prevención del daño ocasionado por esta causa requiere de la implantación de mecanismos de seguimiento y control que garanticen la oportuna liquidación del contrato.
- 2.** Las entidades deben privilegiar la realización de liquidaciones de contrato de común acuerdo.
- 3.** Conviene también reiterar que la entidad puede recurrir a la liquidación unilateral del contrato, sólo cuando ha sido infructuoso el intento de lograrla de común acuerdo con el contratista, esto es, en palabras del Consejo de Estado, cuando el contratista se ha rehusado a suscribir el acta de liquidación. Esta precisión es de suma importancia, porque los representantes de las entidades deben tener en cuenta que, el mero vencimiento del plazo definido en la ley o el contrato no los libera de su obligación de liquidar el contrato de común acuerdo con el contratista. Ahora bien, es obvio que si éste no atiende los requerimientos de la entidad para concordar la liquidación, deberá entenderse que se ha rehusado a suscribirla y procederse, en consecuencia, a la liquidación unilateral del contrato.

Pero, ¿en qué plazo? Pues aunque el artículo 61 de la Ley 80 de 1993 no establece un término, la jurisprudencia ha mantenido la posición que ya tenía en vigencia del Decreto 222 de 1983, en el sentido de que los contratos deben liquidarse unilateralmente dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo definido para intentarla de común acuerdo. ¿Y qué hacer si también este plazo se vence sin que la liquidación unilateral sea expedida por la entidad? Como quiera que es deber de la Administración pública evitar que las obligaciones de las partes surgidas del contrato queden en la indefinición²⁰⁸, el Consejo de Estado ha establecido que la liquidación unilateral puede proferirse válidamente dentro del término de caducidad de la acción de controversias contractuales –dos años–²⁰⁹, contado a partir de la fecha en que legal o contractualmente estaba obligada la entidad a liquidar el contrato unilateralmente²¹⁰.

4. Cuando se ha declarado la caducidad o ejercido la Administración pública cualquiera otra de las facultades que le dan fin al contrato, una vez en firme la resolución respectiva debe procederse a la liquidación del contrato, que es el paso consiguiente necesario para determinar qué derechos y obligaciones corresponden a los contratantes y qué sumas líquidas de dinero deben pagarse o cobrarse en forma recíproca. Recuérdese que la entidad que declara la caducidad y ordena el pago del riesgo asegurado, sin liquidar el contrato, viola la ley²¹¹.

5. Es importante reiterar que la entidad debe pagar la liquidación en tiempo para evitar pagos posteriores con intereses²¹², así como que las liquidaciones suscritas de común acuerdo y no impugnadas ante la jurisdicción contenciosa administrativa constituyen título ejecutivo²¹³.

6. Finalmente, si el contratista no está de acuerdo con la liquidación que propone la entidad, como ya se advirtió, debe procederse a liquidar el contrato de manera unilateral: en casos así, de haber controversia en principio no podría ser de conocimiento de la justicia arbitral por tratarse del juicio de legalidad de un acto que la jurisprudencia ha considerado expedido como potestad exorbitante²¹⁴. Y se afirma que en principio, porque el Consejo de Estado ha advertido que en tales casos se impone la revisión del contenido del acto, de manera que se establezca si fue propiamente expedido como manifestación

del ejercicio de una potestad exorbitante o no y, por consiguiente, si está excluido del conocimiento de la jurisdicción arbitral o no.

A manera de conclusión de este ejercicio, basta reiterar que el Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Contractual que hoy se presenta no pretende otra cosa que servir de herramienta para los gestores de la contratación pública, en el propósito de desarrollar instrumentos que permitan alcanzar la eficiencia en la ejecución del gasto público, dentro del marco del Proyecto de Renovación de la Administración Pública.

Notas y Referencias Bibliográficas

¹ El análisis de causas en mención se realizó a partir del estudio de las providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 274 providencias, (de las cuales 145 resultaron absolutorias, extraídas de la compilación del Banco de Datos Jurídicos de Contratación Estatal de la Universidad Externado de Colombia; laudos de los Tribunales de Arbitramento de la Cámara de comercio de Bogotá: 40 en total) –13 absolutorios, recogidos en la publicación en medio magnético titulada Laudos Arbitrales– que lanzaron al mercado la firma Legis y la propia Cámara de Comercio; y 686 autos aprobatorios de conciliaciones prejudiciales, dictados por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Las providencias analizadas resolvían controversias de naturaleza contractual estatal y fueron proferidas en el período comprendido entre los meses de enero de 1996 y diciembre de 2002.

² En relación con asuntos contractuales, pueden citarse entre otros los siguientes documentos: 3045 – Concesiones; 3107 – Política de Manejo del Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura; 3133 – Modificaciones a la Política de Manejo del Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura; 3186 – Una Política de Estado para la Eficiencia y la Transparencia en la Contratación Pública y, 3249 – Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial.

³ Consejo de Estado. Radicación 10498, fecha 31/01/1997, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández Hernández, Demandante: Procuraduría General de la Nación, Demandado: Departamento de Córdoba - Sociedad Inversiones Córdoba Ltda-. En este caso el Consejo de Estado declara la nulidad absoluta de un contrato cuyo objeto era la concesión de la producción y comercialización de licores en un departamento, que fue adjudicado por contratación directa, debiéndose cumplir un proceso de licitación pública.

⁴ Consejo de Estado. Radicación 10880, fecha 09/10/1997, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Construcciones y Maquinaria Cyma - José Trespalacios, Demandado: Himat. Esta sentencia refiere el caso de un proponente que al elaborar su oferta había negociado unos plazos –basado en los pliegos de condiciones originales– con el propietario de unas dragas que debía tomar en alquiler para la ejecución del contrato, plazos que no se cumplieron por causas imputables exclusivamente a la entidad.

⁵ Consejo de Estado. Radicación 10439, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes, Demandante: Arcángel Clavijo Valencia, Demandado: Invicali

⁶ A manera de ejemplo puede citarse como riesgo típico de la entidad en los contratos de obra, el riesgo de adquisición de los predios, que surge de la necesidad de disponer de predios para el desarrollo de los proyectos y está asociado al costo de los mismos, a su disponibilidad oportuna y a la gestión necesaria para la adquisición.

Así, resulta que el control y responsabilidad sobre la compra de predios están a cargo de la entidad estatal, dado que ésta es quien tiene la facultad de adquirir el predio y/o adelantar los procesos de expropiación respectivos. No obstante lo anterior, existen los contratos en los cuales la gestión aconseja que se pacte, como responsabilidad del contratista, la gestión para la adquisición y de compra de los predios.

Por otra parte, un riesgo típico de los contratistas en los contratos de concesión, es el riesgo cambiario, que corresponde a la eventual variación de los flujos de un proyecto, debido a que sus ingresos y egresos están denominados o dependen del comportamiento de la tasa de cambio frente a monedas distintas, como en el caso en que los ingresos, los costos o la deuda están asociados a más de un tipo de moneda y, por lo tanto, están sujetos a pérdidas o ganancias potenciales por fluctuaciones en las tasas de cambio. Este riesgo se da igualmente en aquellos casos en que el inversionista es extranjero y plantea su rentabilidad en otras monedas, mientras que la generación de ingresos por cobro de peajes o tarifas está ligada al peso colombiano.

Fuente: Documento Conpes 3107 – Política de Manejo de Riesgos Contractuales del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura.

⁷ Este tipo de cláusulas han sido utilizadas por el Instituto de Desarrollo Urbano, en los contratos de obras para la ampliación de la red de Transmilenio.

⁸ En este punto conviene anotar la posición del Consejo de Estado respecto del alcance del Pliego de condiciones que ha sido definido como la "ley del contrato". Conforme a lo anterior sus cláusulas son la fuente de los derechos y obligaciones de la Administración y de los proponentes, detallan el objeto del contrato, los factores de selección, las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas, y el procedimiento que debe adoptarse en la evaluación y en la contratación y que las adendas son el sistema a través del cual la Administración puede explicar, aclarar, agregar o modificar el Pliego de condiciones, e integran con éste una totalidad y, por ende, tienen igual validez y el mismo carácter vinculante para los contratantes.

⁹ Las consecuencias patrimoniales para el Estado derivadas de la ilegalidad en la adjudicación han pasado a ser otra vez gravosas, dado que el Consejo de Estado ha recuperado su anterior posición en el sentido de que la utilidad proyectada en la propuesta es el dato idóneo para establecer el quantum del perjuicio. Modificó así la Corporación su tesis de que el criterio de equidad debía de disminuir la indemnización de quien no ejecutaba el contrato: se considera que hay principios en la Ley 80 de 1993 que garantizan la utilidad del proponente, siempre que esa utilidad no incluya o participe de los costos directos o indirectos, sino que sea precisamente un porcentaje de la suma de ambos. Ha sido explícito el Consejo de Estado al prevenir sobre el hecho de que la causal "propuesta inconveniente" contenida en unos pliegos de condiciones e invocada para declarar desierta una licitación, si bien es un concepto jurídico indeterminado, no equivale en lo absoluto a discrecionalidad absoluta. Consejo de Estado. Radicación 14107, fecha 20/2/2003, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Augusto Moreno Murcia, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

¹⁰ Consejo de Estado. Radicación 10963, fecha 15/6/2000, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Ingetec S.A. Ingestudios S.A., Demandado: Distrito Cultural e Histórico de Santa Marta.

¹¹ Ha sido explícito el Consejo de Estado al prevenir sobre el hecho de que la causal "propuesta inconveniente" contenida en unos pliegos de condiciones e invocada para declarar desierta una licitación, si bien es un concepto jurídico indeterminado, no equivale en lo absoluto a discrecionalidad absoluta. Consejo de Estado. Radicación 14107, fecha 20/2/2003, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Augusto Moreno Murcia, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

¹² La Corporación ha señalado que la declaratoria de desierta de una adjudicación debe hacerse porque ninguna de las ofertas se ajuste al pliego de condiciones y no porque en el entretanto la entidad decida cambiar las reglas de juego. Consejo de Estado. Radicación 13792, fecha 27/11/2002, Consejero Ponente: María Helena Giraldo, Demandante: Henry Lozada Vélez y Cía. Ltda., Demandado: Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Cali (Invicali).

¹³ "El acto de adjudicación debe sujetarse al pliego de condiciones pero también a la ley. Una interpretación excesiva del pliego puede conducir a una licitación desierta o a la selección de una oferta no calificada bien en lo técnico pero que cumplió con los requisitos formales que no daban cuenta de su mejor habilitación. Es el caso de la descalificación de una propuesta porque no presentó la copia del recibo con el que se compraron los pliegos". Sentencias: Consejo de Estado. Radicación 10539, fecha 28/5/1998, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Sociedad Muebles Metálicos Famet Ltda., Demandado: ISS y Consejo de Estado. Radicación 13053, fecha 3/5/2001, Consejero Ponente: María Elena Giraldo, Demandante: José Raúl Carrascal Córdoba / Centro Sistemas de Colombia, Demandado: Alcaldía Municipal de San Antonio de Palmito.

¹⁴ Consejo de Estado. Radicación 9151, fecha 21/2/1996, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, Demandante: Sociedad Internacional de Luminarias Ltda., Demandado: Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá. En esta sentencia la Corporación advierte que el ejercicio de la discrecionalidad debe ser suficientemente motivado.

En este punto conviene hacer un breve recuento de la justificación de la existencia de actos discrecionales en materia administrativa, así: "De manera general, se observa que las actuaciones administrativas, cualquiera sea su materia, están reguladas más o menos detalladamente en la ley. En algunos casos, la ley o el

reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad para ejercerla, la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercitarse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio. En síntesis: todos los pasos, forma, contenido, oportunidad, objetivo y efectos de la facultad administrativa cuya aplicación se está regulando... Pero un tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas. Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente varias formas de decisión; en algunas ocasiones, la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente..." Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 22/10/75.

En concordancia con lo anterior, el artículo 36 del C.C.A señala que los actos discrecionales deberán estar adecuados a "los fines de la norma que los autoriza y deben ser proporcionales a los hechos que les sirven de causa".

¹⁵ Enseña el Consejo de Estado que, además de los pliegos de condiciones, la propuesta se tiene que adecuar a las normas imperativas que le son aplicables. La ley 80 de 1993 dispone que "las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas o excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no impliquen condicionamientos para la adjudicación", lo que quiere decir que no puede haber propuestas condicionadas. Las entidades, en consecuencia, deben abstenerse de seleccionar ofertas que condicionan la adjudicación a hechos no contemplados en el pliego de condiciones. Consejo de Estado. Radicación 12962, fecha 14/9/2000, Consejero Ponente: María Helena Giraldo, Demandante: Gustavo Sánchez Ríos, Demandado: Induval.

¹⁶ Consejo de Estado. Radicación 10399, fecha 3/2/2000, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Sociedad Confecciones Cem Ltda, Demandado: Fondo de Educación y Seguridad Vial de Bogotá (Fondatt).

¹⁷ Entre otras la de que contra el acto de adjudicación no procede ningún recurso en vía gubernativa. Consejo de Estado. Radicación 10610, fecha 7/10/1999, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Sociedad Grancolombiana de Seguridad, Demandado: Empresa de Energía de Bogotá.

¹⁸ De allí que se traiga a colación el fallo en el que para el Consejo de Estado, si las condiciones iniciales de la oferta varían en el momento de la adjudicación, es potestativo de la entidad, si el pliego de condiciones o la normatividad aplicable al caso no prevén nada al respecto, entrar a analizar si es conveniente o no la adjudicación por las variaciones de la propuesta sin incurrir en una modificación a posteriori del pliego de condiciones. Consejo de Estado. Radicación 12856, fecha 7/9/2000, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Luis Gabriel Nieto García y Orlando Fajardo Castillo, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

¹⁹ El Consejo de Estado ha reiterado que la revocatoria directa de actos administrativos de contenido particular y concreto sólo procede con consentimiento del titular del derecho, y que para evitar los efectos vinculantes del acto de adjudicación, la entidad debe pretender la nulidad de su propio acto mediante el ejercicio de la acción de lesividad, en tanto no puede constituirse en juez y parte de la legalidad de sus actuaciones. Consejo de Estado. Radicación 13172, fecha 22/6/2001, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Francisco Emilio Gaona Gaona, Demandado: Municipio de Leticia.

²⁰ Sobre el particular es importante tener en cuenta que a pesar de los preclusivos términos del inciso segundo del numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en el sentido de considerar el acto de adjudicación como irrevocable, en algunos fallos la jurisdicción ha mantenido posiciones jurídicas en contra de la irrevocabilidad de la adjudicación expresando, a manera de ejemplo, que si la Administración pública tiene obligación de terminar unilateralmente el contrato celebrado con quien está inhabilitado (de acuerdo con el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, que obliga al representante de la entidad, además de a darlo por terminado unilateralmente, a ordenar su inmediata liquidación; por su parte, el artículo 9° del

Estatuto, prevé que si llega a sobrevenir una inhabilidad en el contratista deberá ceder el contrato a un tercero autorizado por la entidad), no tiene lógica que el acto viciado de nulidad por inhabilidad del adjudicatario sea irrevocable.

En todo caso, corresponde advertir que la providencia a que se hace referencia resolvía una apelación contra una decisión que negó una solicitud de suspensión provisional y que, en esa medida, el Consejo de Estado — por las restrictivas condiciones fijadas en la norma (numeral 2º del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo), respecto a que dicha suspensión sólo procede por ‘manifiesta infracción’ de la ley por ‘confrontación directa’ del acto administrativo— matizó su pronunciamiento señalando que “(...) no puede afirmarse *prima facie*, que el acto de adjudicación que resulte viciado de nulidad por violación del mismo régimen (el de inhabilidades e incompatibilidades) por parte del adjudicatario que todavía no es en rigor jurídico el contratista porque falta la formalización del contrato, sea irrevocable” (negrillas y paréntesis fuera de texto) (Véase el auto registrado en la fila 122 de la base de datos del Consejo de Estado. Se agrega en el auto, en el mismo sentido, que, “(...) no parece lógico que ante la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades la entidad pública contratante pueda dar por terminado el contrato y liquidarlo en el estado en que se encuentre y no pueda, por el contrario, dejar sin efectos el acto mediante el cual adjudicó el contrato por la ocurrencia de la misma razón, con el argumento de que ese acto es irrevocable”.

²¹ Son dos los fallos de la muestra en los que la Corporación le da alcance a esta prerrogativa, al dejar sentado que siguiendo este procedimiento, que respeta el derecho de igualdad, se puede corregir errores aritméticos en el cálculo del precio de una propuesta —sentencia registrada en la fila 38— o que, si el pliego lo prevé, la Administración puede corregir los datos cuando la operación de cálculo de un precio unitario de cantidades de obra adolece de error matemático. Consejo de Estado. Radicación 12663, fecha 18/10/2000, Consejero Ponente: María Elena Giraldo, Demandante: Luis Alberto Beltrán Becerra, Demandado: Departamento Administrativo de Valorización Municipal de Bucaramanga.

²² Consejo de Estado. Radicación 10313, fecha 22/7/1996, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes, Demandante: Sociedad Constructora Puentes y Pilotajes Limitada, Demandado: Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos).

²³ Consejo de Estado. Radicación 12856, fecha 7/9/2000, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Luis Gabriel Nieto García y Orlando Fajardo Castillo, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

²⁴ Consejo de Estado. Radicación 6647, fecha 26/9/1996, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes, Demandante: Guillermo Ceballos y Cía. Ltda, Demandado: Corporación Autónoma Regional del Cauca.

En este punto conviene llamar la atención en el sentido de que sólo será posible descalificar la propuesta cuando con ella no se aporte un documento indispensable para la comparación de las propuestas, en los demás casos las entidades deberán observar lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4º del D. 2170 de 2002, conforme al cual los documentos y requisitos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, “podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación”.

²⁵ Artículo 8, numeral 2º literal a) de la Ley 80 de 1993.

²⁶ Consejo de Estado. Radicación 7678, fecha 25/7/1996, Consejero Ponente: Daniel Suárez, Demandante: Armando Ordóñez Muñoz, Demandado: Telecom.

²⁷ Sin embargo, es evidente —como emanación del principio de que nadie puede ser obligado a lo imposible— que si, como resultado de una investigación, un órgano de control demuestra la falta de veracidad de la documentación aportada por la sociedad contratista, pero tal información es posterior a la adjudicación, no puede concluirse que la Administración haya actuado con desviación de poder o que hubo falsa motivación. Consejo de Estado. Radicación 11699, fecha 5/6/1998, Consejero Ponente: Germán Rodríguez, Demandante: Javier David Cardozo Corzo, Demandado: Departamento de Santander.

²⁸ Consejo de Estado. Radicación 12179, fecha 18/2/1999, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Constructora León Avellaneda Ltda., Demandado: Área Metropolitana de Bucaramanga.

²⁹ Consejo de Estado. Radicación 10878, fecha 26/9/1996, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Sociedad Ferivequpos Ltda., Demandado: Caja de Vivienda Militar.

³⁰ En el caso de la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11344, fecha 12/4/1999, Consejero Ponente: Daniel Suárez, Demandante: Miguel Castellanos, Demandado: Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (Himat), la entidad no exigía a los oferentes la presentación de ofertas alternativas y condicionadas dependiendo del resultado de cada uno de los procesos licitatorios. El mismo caso se ve en la sentencia Consejo de Estado. Radicación 986800, fecha 19/6/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Ingeniería Construcciones y Asesoría Ltda., Demandado: IDU.

³¹ Consejo de Estado. Radicación 12083, fecha 3/5/2001, Consejero Ponente: María Elena Giraldo, Demandante: Laboratorio Electrónico de la Costa Labelco Ltda. , Demandado: Corporación Eléctrica de la Costa (Corelca).

³² Consejo de Estado. Radicación 11324, fecha 6/11/1998, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Demandante: Juan Martínez García, Demandado: Municipio de Sumpués.

³³ Existen entidades como el Instituto de Desarrollo Urbano en Bogotá y el Instituto Nacional de Vías en las que se ha adoptado como política la adjudicación en audiencia de los procesos de licitación y concurso públicos.

³⁴ Según la previsión del inciso segundo del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. En uno de los fallos analizados, el Consejo de Estado llega a afirmar que en esos casos la entidad no sólo puede, sino que debe revocar la adjudicación. Consejo de Estado. Radicación 10832, fecha 6/11/1998, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Sociedad Consultores Técnicos Ltda. y Laverde Pachón y Cía. Ltda., Demandado: Instituto de Seguros Sociales.

³⁵ Ídem

³⁶ Sentencias Consejo de Estado. Radicación 10704, fecha 21/4/1997, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Sociedad Sánchez Ingenieros Ltda., Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá y Consejo de Estado. Radicación 11724, fecha 14/8/1997, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Sociedad Inversiones Charry y Ruiz Ltda., Demandado: Ministerio de Comunicaciones.

³⁷ De acuerdo con el tenor del literal e) del numeral 10° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

³⁸ Sobre las consecuencias patrimoniales del incumplimiento de los deberes que tiene la Administración para la culminación de todos los trámites tendientes al perfeccionamiento de un contrato ya celebrado, la jurisprudencia no ha sido uniforme: así, en una oportunidad (Consejo de Estado. Radicación 10038, fecha 10/03/97, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Óscar Gómez España, Demandado: Empopasto S.A.) consideró la jurisdicción que, frente a la diligencia del particular contratante en cumplir con los requisitos de ley para el perfeccionamiento del contrato, la entidad pública fue negligente al no surtir el trámite y debe, por consiguiente, responder patrimonialmente por los daños y perjuicios irrogados "teniendo como título jurídico de imputación lo que se conoce en la doctrina como responsabilidad precontractual de la Administración pública"; mientras que en otra, por el contrario, fue terminante al señalar que no se puede ejecutar un contrato que no esté debidamente perfeccionado y que le está vedado al contratista iniciar labores hasta tanto no se haya dado cumplimiento a los requisitos y formalidades establecidos en la ley o el contrato, para rematar concluyendo que si el contratista procede a ejecutar negligentemente el contrato sin estar perfeccionado, se trata de trabajos hechos por su propia cuenta y riesgo que le implican asumir los perjuicios que dicha ejecución le ocasione (Consejo de Estado. Radicación 11098, Consejero Ponente: Germán Rodríguez, Demandante: Gonzalo Jara Vergara, Demandado: Empresa Licorera del Meta).

Por otra parte, respecto de las consecuencias jurídicas, en cambio, la univocidad ha sido la característica constante en las decisiones judiciales, conforme a las cuales, el contrato que no se perfecciona no nace a la vida jurídica y que, por consiguiente, en tales condiciones no resulta posible, por ejemplo, declarar su nulidad por cuanto no puede declararse nulo lo inexistente; como tampoco puede decretarse el incumplimiento del contrato, por cuanto lo que se desprende de un supuesto así es que el negocio ni nació, ni debía cumplirse; o que si las partes, contrariando expresas prohibiciones, ejecutan obligaciones que aún no han cobrado legitimidad y se anticipan, corren con todos los riesgos que implica ejecutar lo que era inejecutable.

En cualquier caso, la prudencia exige a la Administración pública no bajar la guardia en cuanto a los controles que aseguren la verificación de los trámites atinentes al perfeccionamiento del contrato, no sólo porque la jurisdicción, en ejercicio del principio *iura novit curia* ha dejado claramente sentado que hay acción para los perjuicios que se reclaman del Estado cuando no existe contrato –la de reparación directa con fundamento en la *actio in rem verso*; sino también porque, fundado en sus poderes de interpretación, ha sostenido que si bien puede no haberse efectuado los trámites necesarios para la celebración del contrato y su posterior perfeccionamiento, configurándose ausencia de contrato, le es legítimo –o le está autorizado– al juez declarar la existencia de un contrato entre las partes y su incumplimiento por la entidad demandada.

³⁹ El Consejo de Estado ha sido enfático en que la exigencia de la formalidad del documento escrito establecida legalmente apunta a la eficacia del negocio y se fundamenta en razones de seguridad y certeza; y que tal omisión comporta la ineficacia negocial e impide sostener que el negocio haya adquirido vida jurídica o, si se prefiere, que haya contrato entre las partes.

La única excepción a esta regla está contemplada en el cuarto inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en casos de urgencia manifiesta. En la sentencia: Consejo de Estado. Radicación 14061, fecha 15/2/1999, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Demandante: José Manuel Antonio Largo, Demandado:

Municipio de Arauca: la Corporación enseña que los contratos estatales deben ser escritos y que la omisión del requisito vicia de nulidad absoluta el negocio jurídico.

⁴⁰ Del análisis de providencias que permitió la identificación de esta causa, llama la atención el significativo número de conciliaciones registradas que se explica por la extendida práctica de las entidades de recurrir al mecanismo para constituir un título contra el cual pueda imputar el pago de lo debido: otra forma típica de legalización de hechos cumplidos (Consejo de Estado. Radicación 11422, fecha 4/5/1998, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Luis José Dumar Perdomo, Demandado: Corporación Autónoma de los Valles del Sinú y de San Jorge), que se presenta por una deficiente gestión en la administración del contrato en tanto la carga o el deber de advertencia respecto al cumplimiento del requisito corre a cargo de las entidades públicas. Negligencia en la proyección de los cronogramas de actividades, que no involucran o cruzan el tiempo necesario para la elaboración de los contratos por celebrar, con el que determina la necesidad del bien o servicio contratado; o simple desconocimiento de las condiciones que deben cumplirse de acuerdo con la ley para que se entienda perfeccionado el contrato -a pesar de las precisas prescripciones del artículo 41 del Estatuto Contractual, son sin duda los motivos subyacentes a esta infracción del deber de diligencia.

El Consejo de Estado ha sostenido que el contrato que no se perfecciona no nace a la vida jurídica y en tales condiciones no resulta posible declarar su nulidad, por cuanto no puede declararse nulo lo inexistente.

⁴¹ Consejo de Estado. Radicación 10290, fecha 26/9/1996, Consejero Ponente: Carrillo, Demandante: Sociedad C y C Ltda., Demandado: Empresas Municipales de Cúcuta.

⁴² Consejo de Estado. Radicación 13067, fecha 6/8/1997, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes, Demandante: Luis Alberto Zucardy Merlano, Demandado: Municipio Santiago de Tolú (Sucre)

⁴³ En los preteritos términos del numeral 6° del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

⁴⁴ Como evidencias son suficientes las providencias del Consejo de Estado: Radicación 10652, fecha 16/7/1998, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: William Alberto Baquero Namen,

Demandado: Departamento del Magdalena y Radicación 11617, fecha 10/9/1998, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Sociedad Inherco Ltda., Demandado: EAAB. En la primera de éstas, el 'remedio' a la omisión de la entidad en la obtención del certificado de disponibilidad contractual conduce a agravar su responsabilidad, por cuanto en ejercicio de sus potestades exorbitantes decide terminar unilateralmente el contrato; y en la segunda, se hace el reproche a la entidad por no haber constituido una apropiación presupuestal que cubriera todo el plazo de ejecución del contrato y sus adicionales.

⁴⁵ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10652, fecha 16/7/1998, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: William Alberto Baquero Namen, Demandado: Departamento del Magdalena. En el caso la Corporación no encontró ajustada a la ley la decisión de la entidad de declarar la terminación unilateral del contrato, por cuanto si no se había perfeccionado no había contrato para dar por terminado.

⁴⁶ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 9347, fecha 29/8/1996, Consejero Ponente: Carlos Betancur, Demandante: Sociedad Hidroelectric de Colombia Ltda y Otro, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU). En esta sentencia la Corporación es enfática al advertir que **si la entidad ordena obras adicionales debe pagarlas, so pena de incurrir en conducta contractual calificable de mala fe.** (Resaltado fuera de texto)

⁴⁷ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11617, fecha 10/9/1998, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Sociedad Inherco Ltda., Demandado: EAAB.

⁴⁸ Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil- Consejera Ponente: Dra. Susana Montes de Echeverri - Referencia: Contratos estatales de obra. Adición del contrato y contratos adicionales: límites. Radicación 1439 de 2002.

⁴⁹ Como cuando una entidad, según consideración del Consejo de Estado, se extralimita en sus funciones al ordenar la ejecución de obras después de haberse terminado el plazo contractual. Consejo de Estado. Radicación 9898, fecha 1/2/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Promociones Colombianas Deportivas Ltda., Demandado: Municipio de Jamundí.

⁵⁰ El caso que se presenta en un contrato de obra pública, en el que la Administración, al incumplir los términos contractuales para aprobar los diseños arquitectónicos elaborados por el contratista, termina ordenando extemporáneamente mayores cantidades de obra, que luego no reconoce ni paga.

⁵¹ Lo que explica el significativo número de conciliaciones atribuidas a esta causa, pues este es el típico conflicto que se soluciona a través de este mecanismo.

⁵² Como en los casos de una entidad que termina unilateralmente un contrato de obra que no podía ejecutarse porque no disponía del proyecto de acueducto y alcantarillado, ni los estudios de suelos y niveles ni del anteproyecto urbanístico debidamente aprobado: la entidad alegó que en esas condiciones el contrato debía darse por terminado por inconveniente para el interés público, y el Consejo de Estado consideró legal la resolución respectiva; o el de un contrato que se perfecciona, pero no puede ejecutarse porque la entidad no tenía el edificio para instalar el aire acondicionado contratado. Véanse las sentencias Consejo de Estado. Radicación 10440, fecha 16/2/1996, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Arcángel Clavijo Valencia, Demandado: Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Cali (Invicali) y Consejo de Estado. Radicación 8856, fecha 21/2/1996, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, Demandante: Inel Limitada Ingenieros Electrónicos, Demandado: Telecom.

⁵³ Del análisis de las providencias que integran la muestra y han sido atribuidas a esta causa puede concluirse que, en el procedimiento que se desencadena una vez que la licitación ha sido adjudicada, se da lo que podría llamarse un 'trasfondo de obvedad', en virtud del cual todos los miembros de la organización que tienen relación con el asunto saben lo que corresponde hacer, pero ninguno se apersona para asegurarse de que así sea. La adscripción de responsabilidades de este cuño en personal directivo apunta, precisamente, a que esa labor –subvalorada por minuciosa y de 'poca monta', pero de consecuencias jurídicas y gerenciales trascendentes– tenga un responsable, que si bien no la adelante directamente esté pendiente y le haga seguimiento, teniendo para ello las herramientas de coerción necesarias en la entidad.

⁵⁴ En los que se relacione paso a paso los trámites por surtir, registre la fecha en la que se inicie y culmine cada actuación, y deje constancia de las solicitudes del contratista y las vicisitudes que se presenten en la ejecución, así como de las decisiones adoptadas para solucionar esos impases, a la manera de los libros de bitácora de obra –que, claro está, pueden llevarse en medio magnético.

⁵⁵ Se sigue en esto el texto del doctrinante Luis Guillermo Dávila Vinueza, intitulado Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Legis Editores S.A. Bogotá, 2001. p. 397 y ss.

⁵⁶ En la sentencia Consejo de Estado. Radicación 8827, fecha 8/2/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Gutiérrez Contreras Limitada, Demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja, enseña la Corporación que "(...) resulta incomprensible que habiéndose estipulado acuerdos entre las partes, para sobrellevar las dificultades que se presentaron en desarrollo de la relación negocial, el contratista resulte impugnando dichos acuerdos, con olvido de que la relación contractual descansa sobre los principios de AUTODETERMINACIÓN Y AUTOVINCULACIÓN, esto es que los datos jurídicos fueron consentidos en forma libre, coincidiendo en su contenido. La filosofía jurídica es la que lleva al profesor Karl Larenz a enseñar: Se vincula, porque se sabe que sólo bajo ese presupuesto el otro se vincula también y puede confiar en lo que otro promete. La conclusión de contrato es de este modo un acto de AUTODETERMINACIÓN a través de la AUTOVINCULACIÓN".

⁵⁷ Véase el auto del 15 de octubre de 1999, con ponencia del consejero Hoyos Duque en el expediente N° 10.929 del Consejo de Estado, referido en la publicación de Dávila Vinueza. p. 438

⁵⁸ El Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil- Consejera Ponente: Dra. Susana Montes de Echeverri - Referencia: Contratos estatales de obra. Adición del contrato y contratos adicionales: límites. Radicación 1439 de 2002, ha señalado: "Por consiguiente, si para alcanzar el objeto contractual se hace necesario corregir errores de diseño o buscar soluciones técnicas alternativas frente a eventos no previstos, la administración está en la posibilidad, y en el deber jurídico, de adecuar los diseños y estudios, así ello implique la ejecución de una mayor cantidad de obra y el desarrollo de obras adicionales al objeto contractual".

De lo anterior resulta claro que es un deber de la administración ordenar las modificaciones necesarias para responder por la buena ejecución de los trabajos y el logro del fin perseguido con la contratación; es un imperativo de su gestión, al cual no puede sustraerse so pena de incurrir en responsabilidad por omisión, pues iría en contra de lo previsto en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993. Desde luego que si las modificaciones requeridas implican adiciones en el alcance del objeto contractual o exigen la creación de nuevos ítems de contrato o variación en los precios unitarios, tales modificaciones deberán recogerse en un contrato adicional; si ellas sólo exigen modificaciones de diseño o de cantidades de obra simplemente, no será necesario suscribir un contrato adicional y bastará, entonces, el acuerdo entre las partes.

⁵⁹ Dromi José Roberto. Tratado de Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. Edición 5ª, p. 348.

⁶⁰ La Administración debe entregar el anticipo a tiempo y de no hacerlo restablecer el equilibrio económico, ha dicho con toda claridad el Consejo de Estado. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 12513, fecha 13/7/2000, Consejero Ponente: María Elena Giraldo, Demandante: Elkin de Jesús Bozon Pérez, Demandado: Fondo Aeronáutico Nacional.

⁶¹ La entidad incumple el primer compromiso contractual cuando no entrega al contratista el monto total fijado como anticipo para dar inicio a la ejecución del contrato. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 13029, fecha 18/9/1997, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes, Demandante: Jorge Enrique Mazonett Flórez, Demandado: Municipio de San Sebastián de Buenavista (Magdalena).

⁶² Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 13864, fecha 27/5/1998, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Demandante: Sociedad Hecol Ltda., Demandado: CAR Cundinamarca.

⁶³ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10873, fecha 25/11/1999, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Néstor Carrillo Gutiérrez, Demandado: Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

⁶⁴ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 12136, fecha 22/6/2001, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Orlando Rojas Bustos, Demandado: Instituto de Seguros Sociales.

⁶⁵ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 9998, fecha 5/7/1997, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes, Demandante: Aurora Pachón Reina, Demandado: Municipio de Chiquinquirá Departamento de Boyacá.

⁶⁶ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 13067, fecha 6/8/1997, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes, Demandante: Luis Alberto Zucardy Merlano, Demandado: Municipio Santiago de Tolú (Sucre).

⁶⁷ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11816, fecha 1/8/2000, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Libardo Salazar Duque y Gustavo Antonio Osorio Restrepo, Demandado: Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana (Inurbe).

⁶⁸ Decreto 2170 de 2002 artículo 7º, Directiva 12 de 2002 numeral 6º y Directiva 4 de 2003.

⁶⁹ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 15708, fecha 5/12/2002, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: M y Z Asociados Ltda. e Ingeniería Sanitaria Ltda., Demandado: Empresas Públicas de Medellín (EPM).

⁷⁰ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 13436, fecha 22/6/2001, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Eduardo Uribe Duarte, Demandado: Departamento de la Guajira.

⁷¹ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11498, fecha 11/8/1997, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Industria de Carrocerías Super Lujo Ltda, Demandado: Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.

⁷² Para el Consejo de Estado, acreditado que efectivamente la contratante había ordenado obras adicionales, se demuestra un comportamiento inadecuado y de mala fe de la entidad al negarse a suscribir un contrato adicional y a reconocer el valor de dichas obras. Consejo de Estado. Radicación 9347, fecha 29/8/1996, Consejero Ponente: Carlos Betancur, Demandante: Sociedad Hidroelectric de Colombia Ltda. y otro, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

⁷³ Véanse las sentencias Consejo de Estado. Radicación 16973, fecha 8/6/2000, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Demandante: Consorcio Amaya Salazar, Demandado: Invima y Consejo de Estado. Radicación 10882, fecha 16/6/1997, Consejero Ponente: Montes, Demandante: Sociedad Pinsky Asociados S.A., Demandado: Carbocol.

⁷⁴ Consejo de Estado. Radicación 10439, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes, Demandante: Arcángel Clavijo Valencia, Demandado: Invicali.

⁷⁵ Consejo de Estado. Radicación 11051, fecha 2/7/1998, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Demandante: José Luis Gaona Torres, Demandado: Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL).

⁷⁶ Consejo de Estado. Radicación 9768, fecha 26/3/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Sociedad "Asimut Ltda". , Demandado: Fondo de Caminos Vecinales.

⁷⁷ Consejo de Estado. Radicación 11912, fecha 5/6/1998, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Universidad Nacional de Colombia, Demandado: Municipio de Ibagué.

⁷⁸ Como en el caso de un contrato que en dos de sus cláusulas le daba al contratista el derecho al reajuste del valor del contrato en caso de que las políticas gubernamentales afectaran el equilibrio económico del contrato: en este caso, el aumento del salario mínimo. La entidad terminó siendo condenada a pagar el incremento. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10258, fecha 10/7/1997, Consejero Ponente:

Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Sociedad Gran Colombiana de Seguridad, Demandado: Empresa de Energía de Bogotá.

⁷⁹ Véanse los artículos 4° —todos sus numerales, pero especialmente el 8° al momento de precaver litigios—, 14 —inciso segundo del numeral 1°—, 25 —numerales 13, 14 y 20—, 27 (diligente y eficientemente aplicado) y 68 de la Ley 80 de 1993.

⁸⁰ Véanse los artículos 3°, 24, 25, 26 —en especial los numerales 1° y 5°—, 28, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993.

⁸¹ Que, como atrás se advertía, aparejan un ahorro para las entidades en la atención de las pretensiones de sus demandantes.

⁸² A cuántos contratistas no se les ha oído decir que su oficio es contratar, no pleitear con el Estado.

⁸³ Sobre el particular, debe tenerse en cuenta lo señalado en la recomendación número 2 para la causa denominada —Contratación sin soporte presupuestal—, así como en la cita número 48 del presente Manual.

⁸⁴ Procede la remisión a la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10258, fecha 10/7/1997, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Sociedad Gran Colombiana de Seguridad, Demandado: Empresa de Energía de Bogotá.

⁸⁵ Aunque ha de tenerse presente la restricción derivada del PAC.

⁸⁶ El Consejo de Estado enseña que "(...) las entidades deben cumplir con la ejecución de los fallos sin esperar a que se les requiera. Lo tiene establecido con claridad suficiente el texto del artículo 509 del C. de P. Civil con el siguiente tenor: "Cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o un laudo de condena, o en otra providencia que conlleve ejecución, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia". Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11741, fecha 26/6/1997, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Sociedad Salcedo Ltda., Demandado: Banco Central Hipotecario

⁸⁷ El retardo de la Administración en el perfeccionamiento del contrato puede dar lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11689, fecha 16/2/2001, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, Demandante: Jorge Alberto Ramírez Espinosa, Demandado: Departamento de Arauca.

⁸⁸ La Administración debe pagar la liquidación en tiempo para evitar pagos posteriores con intereses. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 12513, fecha 13/7/2000, Consejero Ponente: María Elena Giraldo, Demandante: Elkin de Jesús Bozon Pérez, Demandado: Fondo Aeronáutico Nacional.

⁸⁹ Para el Consejo de Estado, los pagos en que incurre la Administración deben hacerse en el tiempo establecido o reconocerse con intereses. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10442, fecha 16/3/2000, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Eugenio Anaya Hernández y otros, Demandado: Incora.

⁹⁰ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 13682, fecha 22/2/2001, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Pablo Emilio Miranda Torres, Demandado: Fondo Aeronáutico Nacional.

⁹¹ Para el Consejo de Estado, no obstante la actualización de una suma de dinero debe concederse intereses moratorios porque existe diferencia entre los conceptos de interés moratorio y corrección monetaria. Existe diferencia entre los intereses moratorios y la corrección monetaria: los intereses moratorios corresponden a aquellas sumas que se deben pagar a título de indemnización de perjuicios desde el momento en que se constituye en mora el deudor, es decir, desde el incumplimiento de la obligación principal. Hay que recordar que en los casos en los que la exigibilidad de las obligaciones está sometida a plazo, el solo vencimiento del mismo constituye en mora al deudor... La indexación supone la corrección del defecto que sufre el signo monetario, en términos de su poder adquisitivo, entre el tiempo en que nació la obligación y aquél en el que

se realizó efectivamente el pago. Así, la diferencia entre las dos nociones es evidente. El interés moratorio es una sanción para el deudor moroso y una indemnización para el acreedor; en cambio, la indexación es un mecanismo para que el pago de la obligación responda al verdadero valor que tenía al momento de su surgimiento. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 14368, fecha 3/8/2000, Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez, Demandante: José de Jesús Cañón, Demandado: Ministerio de Transporte.

⁹² Ha dejado en claro la Corporación que cuando la tasa de interés pactada es la legal –de 6% anual–, el reconocimiento de intereses moratorios debe hacerse sobre el valor actualizado de cada una de las sumas adeudadas, desde el vencimiento del plazo que se tenía para el pago de cada una de ellas hasta cuando éste se verifique. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 17339, fecha 31/8/2000, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Demandante: Sociedad Uricoechea Calderón y Cía Ltda., Demandado: Municipio de Bucaramanga.

⁹³ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 16956, fecha 8/11/1999, Consejero Ponente: María Helena Giraldo, Demandante: Esgamo Ltda. Ingenieros Constructores, Demandado: Municipio de Bucaramanga

⁹⁴ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 17456, fecha 24/5/2000, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Sociedad Beltrán Pinzón y Cía. S.A., Demandado: Municipio de Bucaramanga.

⁹⁵ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 12243, fecha 6/8/1997, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Compañía de Electricidad de Tuluá, Demandado: Ministerio de Hacienda - Ministerio de Transporte.

⁹⁶ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11739, fecha 2/5/1996, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Tigof Compañía Ltda., Demandado: Municipio de Aguazul Casanare.

⁹⁷ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11478, fecha 10/9/1998, Consejero Ponente: Rodríguez, Demandante: Octavio Alfonso Millán Flechas, Demandado: Santafé de Bogota D.C. - Departamento Administrativo de Acción Comunal.

⁹⁸ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10678, fecha 6/5/1996, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, Demandante: Ramiro Puente Camacho, Demandado: Municipio de Salamina.

⁹⁹ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 12368, fecha 10/4/1997, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes, Demandante: Sociedad R. B. de Colombia Ltda, Demandado: Distrito Capital de Santafe de Bogotá.

¹⁰⁰ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11917, fecha 4/6/1998, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Demandante: Concretos y Prefabricados - Compre Ltda., Demandado: Instituto Ibaguereño y de Acueducto y Alcantarillado.

¹⁰¹ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 14503, fecha 9/3/2000, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Cooperativa de Asociaciones de Municipios del Tolima, Demandado: Municipio del Guamo.

¹⁰² Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10373, fecha 12/11/1998, Consejero Ponente: Rodríguez, Demandante: Mario Alfonso Malkun Malkun, Demandado: Incora.

¹⁰³ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 12849, fecha 0/1/1900, Consejero Ponente: Alier Hernández, Demandante: Sociedad Ingeseq Ltda, Demandado: Empresa Municipal de Teléfonos de Barranquilla.

¹⁰⁴ El Consejo de Estado condena a una entidad porque sin fundamento válido negó el reconocimiento de los reajustes solicitados por el contratista. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10873, fecha

25/11/1999, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Néstor Carrillo Gutiérrez, Demandado: Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

¹⁰⁵ Como regla general, para el Consejo de Estado las entidades deben abstenerse de cambiar las condiciones de ejecución del contrato de manera que suponga más costos para el contratista, pero si es inevitable para la buena marcha del contrato, debe proceder a reconocer dicho sobrecosto injusto para impedir que las expectativas de utilidad del particular se vean menoscabadas. Véase la sentencia registrada Consejo de Estado. Radicación 14943, fecha 21/6/1999, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández Hernández, Demandante: Promotora de Desarrollo PRODES Ltda, Demandado: Ferrovías.

¹⁰⁶ La revisión periódica de precios es una facultad que puede usar la Administración para impedir que se configure la ruptura del equilibrio económico. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11194, fecha 15/2/1999. Demandante: Jorge Paulino León Escobar, Demandado: Nación - Cámara de Representantes.

¹⁰⁷ Con quien incluso puede llegar a negociarse la extensión de la suspensión para que tenga margen de maniobra respecto al destino provisional de los recursos involucrados en la ejecución contractual, siempre y cuando la necesidad del bien o servicio lo permita. Véanse las recomendaciones consignadas en la causa 'Falta de previsión en la ejecución del contrato'.

¹⁰⁸ El Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de que los retrasos en la aprobación de un contrato dan lugar a la ruptura del equilibrio financiero del contrato proyectado para la época de la oferta. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10880, fecha 9/10/1997, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Construcciones y Maquinaria Cyma - José Trespalacios, Demandado: Himat.

¹⁰⁹ Véase el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

¹¹⁰ Que en cualquier caso se darían, por evitar que se causen actualizaciones de las sumas adeudadas e intereses de mora. Para el Consejo de Estado, por el principio jurídico que gobierna la materia, concerniente a la conservación del equilibrio financiero del contrato, la Administración está obligada a restablecer los derechos patrimoniales conculcados a la contratista, a resarcir los perjuicios ocasionados. El contrato adicional, afirma la Corporación, puede ser el instrumento para actualizar precios del contrato principal y establecer el costo de las obras extras y complementarias. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 12368, fecha 10/4/1997, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes, Demandante: Sociedad R. B. de Colombia Ltda, Demandado: Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

¹¹¹ Debe reiterarse que el Consejo de Estado ha declarado el rompimiento del equilibrio económico del contrato por causas que, incluso, se suceden en la etapa precontractual.

¹¹² Véanse las sentencias Consejo de Estado. Radicación 14855, fecha 9/4/1999, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Sociedad Constructora A & C.S.A., Demandado: IDU y Consejo de Estado. Radicación 10880, fecha 9/10/1997, Consejero Ponente: Néstor Carrillo Gutiérrez, Demandante: Construcciones y Maquinaria Cyma - José Trespalacios, Demandado: Himat.

¹¹³ Véanse las sentencias Consejo de Estado. Radicación 10873, fecha 25/11/1999, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Néstor Carrillo Gutiérrez, Demandado: Distrito Capital de Santafé de Bogotá y Consejo de Estado. Radicación 12136, fecha 22/6/2001, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Orlando Rojas Bustos, Demandado: Instituto de Seguros Sociales.

¹¹⁴ En la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11194, fecha 15/2/1999, Demandante: Jorge Paulino León Escobar, Demandado: Nación - Cámara de Representantes se señaló sobre el particular: "(...) el equilibrio económico puede verse alterado durante la ejecución del contrato por razones tales como actos o hechos de la administración contratante, en cuyo grupo puede ubicarse el uso de los poderes exorbitantes de la administración —modificación, interpretación y terminación unilateral— y el incumplimiento de ésta.

También lo puede ser por actos de la administración como Estado y es aquí donde recobra aplicación la teoría conocida como "el hecho del príncipe", según la cual cuando la causa de la agravación deviene de un acto de la propia administración contratante, o de un acto, hecho u operación atribuibles al poder público en

cualquiera de sus ramas que perturben la ecuación contractual en perjuicio del contratista, debe esta restablecerse.

Y en un tercer evento lo puede ser por factores exógenos a las partes del negocio.

En efecto, no ofrece ninguna duda que la revisión del contrato en los términos del art. 868 del Código de Comercio tiene como base la imprevisión, es decir, que se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato que no pudieron ser previstos por las partes pero que su acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad.

No otra cosa hizo la Ley 80 de 1993 al establecer en su artículo 27 la ecuación contractual inherente a los contratos que celebre la Administración pública y como un deber de ésta de mantenerla:

En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

"Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios (...) Como quiera que el actor fundamentó su pedimento "en el deterioro del poder adquisitivo del peso colombiano por los años en que el canon de arrendamiento no tuvo variaciones para el arrendatario y en el que tendría más adelante de no modificarse las condiciones económicas del contrato" y en ningún momento alegó situaciones extraordinarias o imprevistas, ya que perseguía adecuar el contrato a la realidad económica para "restablecer el equilibrio financiero perdido y para procurar que en el futuro se mantenga una ecuación económica del mismo", la situación más conocida y de mayor uso para adecuar el contrato a la realidad económica es sin lugar a dudas la revisión periódica de los precios en función de la variación de los factores determinantes de los costos previstos.

Es cierto que dicha revisión fue inicialmente prevista para los contratos de obra como lo establecía el art. 11 de la Ley 4ª de 1964, recogida por los artículos 74 del Decreto Ley 150 de 1976 y 86 del Decreto Ley 222 de 1983, aplicable también a los contratos de suministro y de consultoría a manera de reajuste del precio inicialmente convenido "cuando los precios comerciales de los productos objeto del contrato sufran fluctuaciones" (arts. 106, 119 y 133, respectivamente) y hoy aplicable a los contratos en beneficio tanto del contratista como de la entidad pública según lo dispone la Ley 80 de 1993:

Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas (art. 5º numeral 1º).

Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato (art. 4º numeral 3º)".

¹¹⁵ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 14514, fecha 11/5/1999, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Maeco Ltda., Demandado: Fondo Nacional del Ahorro.

¹¹⁶ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 14943, fecha 21/6/1999, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández Hernández, Demandante: Promotora de Desarrollo Prodes Ltda, Demandado: Ferrovías.

¹¹⁷ Salvo estipulación en contrario, el reajuste de precios también opera sobre las obras adicionales, en el caso, el contrato expresaba que "las cuentas de cobro por obra ejecutada y aceptada están sujetas a reajuste en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos, mediante la aplicación de las fórmulas matemáticas" De igual manera, las cláusulas de reajuste de precios en un contrato pueden consagrar o no reajustes automáticos u obligatorios de dichos precios, de lo contrario, la entidad debe reconocer simplemente el valor de las labores adicionales. Véanse las sentencias Consejo de Estado.

Radicación 9347, fecha 29/8/1996, Consejero Ponente: Carlos Betancur, Demandante: Sociedad Hidroeléctrica de Colombia Ltda y Otro, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) y Radicación 12849, Consejero Ponente: Alier Hernández, Demandante: Sociedad Ingeseq Ltda, Demandado: Empresa Municipal de Teléfonos de Barranquilla.

¹¹⁸ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10776, fecha 29/7/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo, Demandante: Jorge Alonso Aragón Santamaría, Demandado: Instituto Municipal de la Reforma Urbana y Vivienda de Cali (Invicali).

¹¹⁹ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10258, fecha 10/7/1997, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Sociedad Gran Colombiana de Seguridad, Demandado: Empresa de Energía de Bogotá.

¹²⁰ La recopilación que se presenta no es exhaustiva ni recoge todos los posibles escenarios de absolución a favor del Estado y en tal sentido lo que pretende es ilustrar a los usuarios de la contratación pública respecto de aquellos eventos en que se ha exonerado de condena a la Administración.

¹²¹ Véanse las sentencias Consejo de Estado. Radicación 4868, fecha 19/6/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Editorial Mercurio S.A., Demandado: Empresas Públicas de Medellín y Consejo de Estado. Radicación 13415, fecha 15/3/2001, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Hernán Ruiz Bermúdez, Demandado: Empresas Públicas de Medellín.

¹²² Véanse las sentencias Consejo de Estado. Radicación 11196, fecha 16/3/1998, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández Hernández, Demandante: Sociedad Construcciones Domus Ltda., Demandado: ISS y Consejo de Estado. Radicación 11480, fecha 1/3/2001, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, Demandante: Urias Velandía Poveda, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

¹²³ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11477, fecha 6/2/1998, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández Hernández, Demandante: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda., Demandado: Consorcio Hispano Alemán.

¹²⁴ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 9690, fecha 29/7/1996, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Demandante: Sociedad Ingeniería Arquitectura Y Vivienda Ltda, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá.

¹²⁵ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11051, fecha 2/7/1998, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Demandante: José Luis Gaona Torres, Demandado: Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL).

¹²⁶ Véanse las sentencias Consejo de Estado. Radicación 11051, fecha 2/7/1998, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Demandante: José Luis Gaona Torres, Demandado: Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL) y Consejo de Estado. Radicación 10496, fecha 6/8/1998, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Caudex Vitelio Peñaranda Osorio, Demandado: Departamento de Norte de Santander.

¹²⁷ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 19184, fecha 28/11/2002, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Industrias Full Ltda., Demandado: Instituto de Seguros Sociales.

¹²⁸ Así, encontró la Corporación en uno de los casos analizados, que las fallas que se habían presentado en una obra con posterioridad a su entrega y que sustentaron la declaración de la ocurrencia del siniestro por la entidad, no eran imputables al contratista, como que esos defectos habían tenido como causa deficiencias en el diseño de la obra que no fueron advertidas por el interventor y en construcciones posteriores a la entrega de la misma. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10403, fecha 10/11/1997, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Demandante: Wilson Marín Vanegas, Demandado: Fondo de Aeronáutica Nacional.

¹²⁹ El Consejo de Estado es unívoco al afirmar que "(...) la entidad que declara la caducidad y ordena el pago del riesgo asegurado, sin liquidar el contrato, viola la ley". Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación

9801, fecha 29/5/1997, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes, Demandante: Seguros Generales La Aurora S.A, Demandado: Fondo Vial Nacional.

¹³⁰ Véanse los artículos que regulan la actuación administrativa: 3º, 4º (en concordancia con el 4º de la Ley 58 de 1982), 5º, 9º, 14, 15, 27, 28 –especialmente, 29, 30, 34, 35, 36 y 44.

¹³¹ La vigencia del contrato de seguro es el período durante el cual se halla comprometida la responsabilidad potencial del asegurador en función del riesgo asumido. En consecuencia, no se entiende cubierto el siniestro ocurrido antes que se inicie la vigencia del seguro, ni el que sobrevenga después que tal vigencia ha expirado. Así, entonces, es nulo el acto administrativo de liquidación del contrato en el que se exige indemnizar cuando el hecho acaece por fuera de la cobertura de la garantía. Véase la sentencia. Consejo de Estado, sentencia 13684 del 10 de julio de 2003.

¹³² Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 9961, fecha 30/5/1996, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, Demandante: Congeniar Ltda., Demandado: Nación - Empresas Públicas de Medellín.

¹³³ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 17952, fecha 13/9/2001, Consejero Ponente: María Elena Giraldo, Demandante: Departamento del Casanare, Demandado: Jairo Guillermo Alarcón Africano y Latinoamericana de Seguros S.A.

¹³⁴ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10261, fecha 22/5/1996, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández Hernández, Demandante: Seguros Colmena S.A, Demandado: Gerencia General de la Terminal de Transportes de Bogotá.

¹³⁵ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10315, fecha 28/8/1997, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Fondo Nacional de Bienestar Social, Demandado: Sociedad Cuéllar Serrano Gómez y Cía Ltda. y Rubio Medina Herrera y Cía Ltda.

¹³⁶ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 928600, fecha 10/7/1997, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Demandante: Gonzalo Moreno Lemos y la Aseguradora Grancolombiana, Demandado: Fondo Nacional del Ahorro.

¹³⁷ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 18604, fecha 12/10/2000, Consejero Ponente: María Helena Giraldo, Demandante: Distrito Capital de Bogotá- Secretaría de Obras Públicas, Demandado: Cónдор S.A. Compañía de Seguros Generales.

¹³⁸ No obstante la previsión del inciso 3º del artículo 25 del Estatuto Contractual, esta posición fue mantenida en un laudo arbitral que a su vez fue objeto de recurso de anulación, sin que el Consejo de Estado se hubiese pronunciado en contra de la interpretación arbitral.

¹³⁹ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 16766, fecha 14/5/2000, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Demandante: José Antonio Castro, Demandado: Instituto Distrital de Tránsito y Transporte de Barranquilla.

¹⁴⁰ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11616, fecha 21/10/1999, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Demandante: Sociedad Seguros del Estado S.A., Demandado: Telecom.

¹⁴¹ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 12086, fecha 20/8/1997, Consejero Ponente: Betancur, Demandante: Mauro M. Riveros Pabón, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

¹⁴² Véanse las sentencias registradas en las filas 156 y 258 de la base de datos del Consejo de Estado.

¹⁴³ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 8656, fecha 16/2/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Sociedad Er Squibb Interamerican Corporation, Demandado: Caja Nacional de Previsión.

¹⁴⁴ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 9967, fecha 18/9/1997, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Mitsui & Co. Ltd., Tokio, Japón, Demandado: Telecom.

¹⁴⁵ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 12907, fecha 16/2/2001, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Adonai Guevara Torres, Demandado: Alcaldía Mayor de Leticia.

¹⁴⁶ Como en el caso en que un gobernador pretendía desconocer una delegación para contratar en su secretario de obras, siendo que así lo había decidido con apoyo en la facultad para delegar prevista en el Código Fiscal. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 9128, fecha 8/2/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Departamento del Valle del Cauca, Demandado: Sociedad Ingequif Ltda.

¹⁴⁷ Para los catedráticos Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, por ejemplo, "(...) la potestad articula un poder de actuar frente a círculos genéricos de sometidos que se manifiesta en la posibilidad de producir efectos jurídicos que tales sometidos han de soportar; y dichos efectos jurídicos pueden ser con normalidad efectos de gravamen, de cuyo ejercicio concreto surjan obligaciones, deberes, cargas, vínculos, restricciones. Constituye así el instrumento adecuado para efectuar la conversión del poder público en técnicas jurídicas precisas". Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1991. p. 444.

¹⁴⁸ Sobre la delimitación de los actos administrativos discrecionales, ver pie de página 14 del presente documento.

¹⁴⁹ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 13988, fecha 4/6/1998, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Carlos Mario Hincapié Molina, Demandado: Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

¹⁵⁰ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11561, fecha 16/12/1997, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Coopechance, Demandado: Lotería del Cauca. No obstante, es preciso tener en cuenta las previsiones hechas en el aparte de 'Medidas de prevención' para la causa 'Ilegalidad en la declaración del siniestro', respecto a las normas que regulan la actuación administrativa, desde el punto de vista de la precaución.

¹⁵¹ Respecto del alcance del derecho al debido proceso, la Corte Constitucional en sentencia de tutela T-467 de 1995. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa ha señalado: "Así, el debido proceso se vulnera cuando no se verifican los actos y procedimientos establecidos en la ley y los reglamentos. Se entiende que esta obligación no sólo cobija a las autoridades públicas sino también a los particulares, en forma tal que estos últimos también quedan obligados por las reglas o reglamentos que regulan el juicio o la actuación, sin que pueda, de conformidad con su propio criterio, acatar y respetar aquellos términos o procedimientos que los beneficien y desconocer o ignorar aquellos que les sean desfavorables".

¹⁵² Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 13988, fecha 4/6/1998, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Carlos Mario Hincapié Molina, Demandado: Distrito Capital de Santafé de Bogotá. En el mismo sentido ha sentenciado la Corporación que la multa debe aplicarse cuando aún sirve como mecanismo de presión, de coacción, para que el contratista satisfaga las obligaciones pactadas, y que la resolución sancionatoria expedida cuando ya ha expirado la vigencia del contrato está viciada de nulidad por incompetencia por extemporánea. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10265, fecha 5/9/1996, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Sociedad Oficina Técnica Andina Ltda, Demandado: Empresa de Energía de Bogotá.

¹⁵³ No obstante debe tenerse en cuenta que en otro fallo la misma Corporación señaló que la Administración contratante se encuentra habilitada para declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista, aun después de la expiración de la vigencia del contrato, siempre y cuando la decisión administrativa se encamine a lograr la efectividad de la cláusula penal. Igualmente ha señalado que la vigencia contractual no puede ser producto de la decisión unilateral de la entidad contratante, ya que si el contrato adicional requiere obligatoriamente de su suscripción, es entonces indispensable la participación de las partes contratantes; de no ser así, el contrato no adquiere validez, ni eficacia jurídica. Finalmente, también ha dicho que puede haber eventos en los cuales el hecho de prorrogar el contrato después de ocurridos los hechos que originaron el

incumplimiento, no se considere una contradicción, como cuando el contrato se prorroga con el fin de brindar protección a los bienes de la entidad mientras se adjudica un nuevo contrato de vigilancia. Véanse las sentencias Consejo de Estado. Radicación 10540, fecha 9/3/2000, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Sociedad Contratistas Suramericanos Asociados, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano; Consejo de Estado. Radicación 11524, fecha 18/9/1997, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo, Demandante: Electroequipos Castro Varela Ltda, Demandado: Telecom; Consejo de Estado. Radicación 10265, fecha 5/9/1996, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Sociedad Oficina Técnica Andina Ltda, Demandado: Empresa de Energía de Bogotá y, Consejo de Estado. Radicación 12084, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes, Demandante: Sociedad de Seguridad Burns de Colombia S.A., Demandado: Instituto Colombiano de Energía Eléctrica.

¹⁵⁴ Véanse las sentencias Consejo de Estado. Radicación 8656, fecha 16/2/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Sociedad Er Squibb Interamerican Corporation, Demandado: Caja Nacional de Previsión y Consejo de Estado. Radicación 9817, fecha 29/7/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo, Demandante: Sociedad Torres del Río Ltda. y Aseguradora Colseguros, Demandado: Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana (Inurbe). La exigibilidad de la cláusula penal pecuniaria es una facultad que le concede la ley.

¹⁵⁵ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 9691, fecha 13/5/1996, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Demandante: Álvaro Mazorra Gómez, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

¹⁵⁶ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 13682, fecha 22/2/2001, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Pablo Emilio Miranda Torres, Demandado: Fondo Aeronáutico Nacional. En otro fallo, enseña el Consejo que la extemporaneidad en la entrega de los recursos al contratista le impida a la entidad imputar incumplimiento a su contratista y por esa razón declara la nulidad de unos actos administrativos por prosperar el cargo relativo a la falsa motivación. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10131, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Consorcio Carlos González Venegas y Luis Guillermo Arévalo, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá (IDU).

¹⁵⁷ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10540, fecha 9/3/2000, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Sociedad Contratistas Suramericanos Asociados, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano.

¹⁵⁸ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10781, fecha 18/11/1999, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Consorcio SICO Ltda. - Inexpa Ltda. y La Independencia Ltda., Demandado: Instituto de Crédito territorial (Inscredial, hoy Inurbe).

¹⁵⁹ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 9967, fecha 18/9/1997, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Mitsui & Co. Ltd., Tokio, Japón, Demandado: Telecom.

¹⁶⁰ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11618, fecha 0/1/1900, Consejero Ponente: Germán Rodríguez, Demandante: A.V. Ingenieros Limitada, Demandado: Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.

¹⁶¹ Véanse el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y la sentencia registrada en la fila 63 de la base de datos.

¹⁶² Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 8993, fecha 20/2/1998, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Sociedad Petroases Ltda, Demandado: Nación - Ministerio de Minas y Energía.

¹⁶³ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 16165, fecha 7/10/1999, Consejero Ponente: María Helena Giraldo, Demandante: Consorcio Alfonso Orozco, Juan Ramón López y Eduardo Cañón, Demandado: Empresa de Servicios de Valledupar S. A. (Emdupar).

¹⁶⁴ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 9961, fecha 30/5/1996, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, Demandante: Congeniar Ltda, Demandado: Nación - Empresas Públicas de Medellín.

¹⁶⁵ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10973, fecha 20/9/2001, Consejero Ponente: María Helena Giraldo, Demandante: Sociedad La Muriel Mining Corporation, Demandado: Ministerio de Minas y Energía - Secretaría de Minas de Antioquia. Idéntica precisión se hizo respecto de la nulidad del acto de adjudicación.

¹⁶⁶ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 12907, fecha 16/2/2001, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Adonai Guevara Torres, Demandado: Alcaldía Mayor de Leticia.

¹⁶⁷ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10500, fecha 8/2/1999, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, Demandante: Sociedad Comercialización Internacional "Colmotores S.A.", Demandado: Instituto Colombiano de Comercio Exterior.

¹⁶⁸ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 12925, fecha 23/11/2000, Consejero Ponente: María Helena Giraldo, Demandante: Juan Escobar Salas, Demandado: Departamento de Boyacá y Municipio de Tunja; otros, en opinión menos pacífica, han defendido la tesis de que la declaratoria de incumplimiento es también exorbitante.

¹⁶⁹ Para el Consejo de Estado, la Administración posee poderes exorbitantes o inusuales a los que las partes tienen en el contrato privado; poderes que le permiten terminar o caducar el contrato, modificarlo o interpretarlo, en forma unilateral, y cuando para el efecto no se haya podido poner de acuerdo con su contratista, poderes que le permiten liquidar el contrato y en ciertas circunstancias declarar su incumplimiento. Pero la exorbitancia está sometida a límites temporales. Así, no podrá terminar o caducar el contrato, interpretarlo o modificarlo después de su vencimiento, so pena de que el acto quede afectado de nulidad. La liquidación, por razones obvias, sí es posible luego de su terminación normal o anormal, en especial en los contratos de obra pública y suministros. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 9967, fecha 18/9/1997, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Mitsui & Co. Ltda., Tokio, Japón, Demandado: Telecom.

¹⁷⁰ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 8829, fecha 22/5/1996, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, Demandante: Sociedad Concretos Premezclados S.A., Demandado: Secretaría de Obras Públicas del Distrito. En un caso similar, dijo la Corporación que por el sólo vencimiento del término o plazo contractual en el negocio jurídico de arrendamiento, la Administración no pierde sus poderes excepcionales o exorbitantes, dado que la relación jurídico comercial se prolonga en el tiempo hasta tanto no se declare su terminación. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 8882, fecha 8/2/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Sociedad Blanco y Compañía Ltda. , Demandado: Alcaldía de Funza. Y en otra expresó que una cosa es el vencimiento del plazo y otra la terminación de la relación comercial, y es claro que los poderes de la Administración pueden ser utilizados mientras ésta siga produciendo efectos, y mientras haya que salvaguardar los intereses de la comunidad. "La caducidad no sólo puede, sino que debe ser declarada, cuando se encuentren seriamente comprometidos los intereses de la Administración". Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 12134, fecha 30/7/1998, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Álvaro Ávila Guzmán, Demandado: Municipio de Girardot.

¹⁷¹ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11345, fecha 0/1/1900, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo, Demandante: Óscar Luis Calderón, Demandado: Municipio de Yopal. Se expresa en la misma sentencia que, vencido el plazo del contrato se inicia la etapa de liquidación, y que no resulta razonable sostener que en esta fase la Administración no puede hacer uso de sus potestades sancionatorias, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si fue satisfactorio. Como el contrato –en el caso juzgado– aún no se había liquidado, la Administración estaba legalmente autorizada para declarar la caducidad del contrato en la oportunidad en que lo hizo, ante los faltantes e inconsistencias que encontró con posterioridad a la entrega.

¹⁷² Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10264, fecha 13/9/1999, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Consorcio Gabriel Galvis - Hazen and Sawyer, Demandado: Corporación Autónoma Regional de las cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez (CAR).

¹⁷³ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 13352, fecha 15/3/2001, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Microempresarios y Pequeños Artesanos de Colombia, Demandado: Instituto Distrital de Cultura y Turismo.

¹⁷⁴ Véase el artículo 61 de la Ley 610 de 2000.

¹⁷⁵ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11912, fecha 5/6/1998, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Universidad Nacional de Colombia, Demandado: Municipio de Ibagué, en la que declara la ilegalidad de una caducidad decretada después de vencido el contrato.

¹⁷⁶ Como lo ordena el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

¹⁷⁷ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 2240, fecha 6/6/1996, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, Demandante: Seguros del Estado, Demandado: Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

¹⁷⁸ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 2240, fecha 6/6/1996, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, Demandante: Seguros del Estado, Demandado: Ferrocarriles Nacionales de Colombia, ya citada.

¹⁷⁹ Si bien la jurisprudencia ha insistido en que el ejercicio de las potestades exorbitantes no constituye derecho punitivo o sancionatorio, no obsta sugerir a la Administración pública que sólo recurra a éstos asumiendo su carácter residual, es decir, cuando no exista alternativa diferente para proteger eficientemente el interés público inmerso en la ejecución contractual.

¹⁸⁰ En el caso analizado, para el Consejo de Estado la entidad incumplió al declarar ilegalmente la terminación unilateral del contrato y, en consecuencia, está obligada a indemnizar los perjuicios. Cuando por causas imputables a la Administración se impide la ejecución del contrato, el contratista tiene derecho a ser indemnizado por los perjuicios producidos, que se concretan en la utilidad que esperaba obtener con ocasión de la ejecución normal del contrato. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 4155, fecha 14/3/1996, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, Demandante: Seguros Comerciales Bolívar S.A., Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Icbf).

¹⁸¹ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10439, fecha 20/6/1905, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes, Demandante: Arcángel Clavijo Valencia, Demandado: Invicali.

¹⁸² Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11197, fecha 14/10/1999, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Demandante: Medardo Serna Vallejo, Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

¹⁸³ Para el Consejo de Estado es claro que si un contrato no cuenta con el amparo presupuestal para su ejecución, no ha cumplido con todas las formalidades de ley para su perfeccionamiento y, por lo tanto, no es la declaratoria de terminación unilateral la medida idónea para deshacer el vínculo con el contratista. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 8385, fecha 2/2/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Mario Alfonso Escobar Roldán, Demandado: Empresas Públicas de Medellín.

¹⁸⁴ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10652, fecha 16/7/1998, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: William Alberto Baquero Namen, Demandado: Departamento del Magdalena.

¹⁸⁵ El Consejo de Estado ha reiterado su jurisprudencia respecto de que, en los procedimientos administrativos sancionatorios, debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso y hacer así efectivo el derecho de defensa y contradicción. No basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública. Si la caducidad es el aniquilamiento de la relación contractual, es apenas obvio que una medida de tanta trascendencia en el contrato no se tome de manera sorpresiva para el contratista y se le brinde la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales. Si la entidad actúa con fundamento en un hecho que califica

como de incumplimiento grave, la contratista no puede entonces verse sorprendida con la terminación del contrato sin que medie procedimiento administrativo sobre su conducta. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 9153, fecha 8/3/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Laureano de Aquiz, Demandado: Caja de Vivienda Militar.

¹⁸⁶ En el caso, encuentra que la entidad tampoco hizo uso de una cláusula del contrato en la que se había reservado el derecho de hacer "una inspección general de los trabajos ejecutados" en un término suficiente anterior a la terminación prevista de la obra, lo cual le permitía darle a la contratista las instrucciones escritas sobre reparaciones y reconstrucciones para la terminación final. Era ese el momento ideal para constatar el avance de los trabajos, requerir el cumplimiento del contrato, oír los motivos que justificaran el estado de las obras o tomar las medidas que fueran necesarias si del contratista no dependía el atraso, o sancionarlo en caso negativo. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 14821, fecha 24/9/1998, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Mariana González Latiff, Demandado: INSSPONAL.

¹⁸⁷ Véase de nuevo la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10735, fecha 31/8/1999, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Luz Elena Ramírez Echeverri, Demandado: Departamento de Antioquia.

¹⁸⁸ Véase de nuevo la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10735, fecha 31/8/1999, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Luz Elena Ramírez Echeverri, Demandado: Departamento de Antioquia.

¹⁸⁹ Véase de nuevo la sentencia Consejo de Estado. Radicación 8385, fecha 2/2/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Mario Alfonso Escobar Roldán, Demandado: Empresas Públicas de Medellín.

¹⁹⁰ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10440, fecha 16/2/1996, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Arcángel Clavijo Valencia, Demandado: Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Cali (Invicali).

¹⁹¹ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10660, fecha 7/9/1998, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Ingeniería y Telemática G & C. Ltda, Demandado: Municipio de Valledupar.

¹⁹² Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11818, fecha 2/7/1998, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Julio Hernán Barrera Sandoval, Demandado: Municipio de Susacón.

¹⁹³ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 8914, fecha 9/2/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Departamento del Valle del Cauca, Demandado: Marcos Carrillo y Cía Ltda.

¹⁹⁴ Véase respecto de estos dos últimos puntos el artículo 16 del Estatuto Contractual.

¹⁹⁵ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10607, fecha 13/9/1999, consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Sociedad Serviaguas y Construcciones Ltda., Demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

¹⁹⁶ Ha de tenerse presente que para el Consejo de Estado, "(...) la liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en el cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico, es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rige en su integridad", es decir, que no procede ningún tipo de impugnación en su contra ni es susceptible de modificaciones ulteriores.

¹⁹⁷ Según la Corporación, es errónea la liquidación del contrato que no incluye valores que corresponden a obligaciones ejecutadas por el contratista. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 11278, fecha 7/6/1996, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes, Demandante: Eduardo Arias Cruz, Demandado: IDU. También, que en la liquidación deben reconocerse los ajustes de precio pactados en el contrato y que las entidades deben cumplir con la ejecución de los fallos sin esperar a que se les requiera. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 13864, fecha 27/5/1998, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Demandante: Sociedad Hecol Ltda., Demandado: CAR Cundinamarca.

¹⁹⁸ Como cuando la Administración hace caso omiso de una cláusula contractual que establece una fórmula para calcular los honorarios de un consultor, y pretende liquidar el contrato con base en el presupuesto inicialmente pactado, sin consideración a las modificaciones del diseño que el contratista elaboró a pedido de la propia entidad. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 14305, fecha 15/4/1999, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Demandante: Alberto Gómez, Demandado: Municipio de Manaure.

¹⁹⁹ Como quiera que el Tribunal pudo establecer el error en los valores de la liquidación del contrato, no es lógico que se ordene la reliquidación del contrato en sede administrativa: bastaba que se adicionara a la condena la suma por concepto de "valores omitidos". Hacer lo contrario sería reabrir indefinidamente un debate que se supone debe finiquitar la sentencia que le ponga fin a la controversia suscitada entre las partes. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10131. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Consorcio Carlos González Venegas y Luis Guillermo Arévalo, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá (IDU).

²⁰⁰ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 13070, fecha 29/1/1998, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, Demandante: Sociedad Industrias Carper Ltda., Demandado: Insfopal.

²⁰¹ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 9818, fecha 15/8/1996, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Demandante: Sociedad Incoin Ltda, Demandado: Telecom

²⁰² Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10962, fecha 29/7/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Demandante: Luis Eduardo González Q., Demandado: Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Cali (Invicali).

²⁰³ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10609, fecha 18/9/1997, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Hernan Duarte Esguerra, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU). O la sentencia Radicación 10608, fecha 10/4/1997, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Demandante: Hugo Segura Lara, Demandado: Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, en la que el Consejo sostuvo: "(...) el hecho de que al momento de la liquidación final del contrato el contratista no haya reclamado, o dejado salvedad en relación con aquellos conceptos que consideraba insolutos, le impide demandar a través de un proceso judicial su reconocimiento".

²⁰⁴ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10496, fecha 6/8/1998, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Demandante: Caudex Vitelio Peñaranda Osorio , Demandado: Departamento de Norte de Santander

²⁰⁵ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 7033, fecha 16/2/1996, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, Demandante: Sociedad Salgado Meléndez Y Asociados Ingenieros Consultores Ltda, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

²⁰⁶ Para el Consejo de Estado, el derecho de liquidación unilateral surge en el momento en que el contratista se rehúsa a una liquidación bilateral. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 12723, fecha 22/6/2000, Consejero Ponente: María Elena Giraldo, Demandante: Unisys de Colombia, Demandado: Universidad Industrial de Santander.

²⁰⁷ Véase, nuevamente, la sentencia Consejo de Estado. Radicación 7033, fecha 16/2/1996, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández , Demandante: Sociedad Salgado Meléndez Y Asociados Ingenieros Consultores Ltda, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU)

²⁰⁸ Así lo ha sentenciado el Consejo de Estado: "(...) el incumplimiento se extiende a la inobservancia del deber jurídico que tiene la Administración de liquidar el contrato, pues a pesar de haberse producido la entrega de las obras, no existe una sola razón para que la entidad haya mantenido la relación contractual en completo estado de indefinición". Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 10499, fecha 22/8/1996, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo, Demandante: Efraín Antonio Barrios Cabas, Demandado: Ministerio de Transporte-Fondo Vial Nacional.

²⁰⁹ Véase el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, específicamente el literal d) del numeral 10°.

²¹⁰ Se ha pronunciado la Corporación en el sentido de que la Administración puede liquidar unilateralmente el contrato en el término de caducidad de la acción, contado a partir del vencimiento de los 4 meses. Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 7033, fecha 16/2/1996, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, Demandante: Sociedad Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores Ltda, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

²¹¹ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 9801, fecha 29/5/1997, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes, Demandante: Seguros Generales La Aurora S.A, Demandado: Fondo Vial Nacional.

²¹² Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 12513, fecha 13/7/2000, Consejero Ponente: María Elena Giraldo, Demandante: Elkin de Jesús Bozon Pérez, Demandado: Fondo Aeronáutico Nacional.

²¹³ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 13260, fecha 31/7/1997, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Demandante: Sociedad Larios Asociados Ltda., Demandado: Inpec.

²¹⁴ Véase la sentencia Consejo de Estado. Radicación 16973, fecha 8/6/2000, Consejero Ponente: Alir Eduardo Hernández Enríquez, Demandante: Consorcio Amaya Salazar, Demandado: Invima.