

**ANALISIS Y RECOPIACION DE EXTRACTOS DE LA JURISPRUDENCIA  
ARBITRAL EN CONTRATACION ESTATAL A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA  
LEY 80 DE 1993**

**LINA MARIA ARENAS MANRIQUE**

**CAROLINA CHARUM GUZMÁN**

**ANDRES JARAMILLO MEJÍA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO  
BOGOTÁ D.C.**

**2.002**

**ANÁLISIS Y RECOPIACIÓN DE EXTRACTOS DE LA JURISPRUDENCIA  
ARBITRAL EN CONTRATACION ESTATAL A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA  
LEY 80 DE 1993**

**LINA MARIA ARENAS MANRIQUE  
CAROLINA CHARUM GUZMÁN  
ANDRES JARAMILLO MEJÍA**

**Tesis de grado para optar al título de Abogados**

**Director  
GUILLERMO DAVILA VINUEZA  
Abogado**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO  
BOGOTÁ D.C.**

**2.002**

## CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN .....	9
PRIMERA PARTE: ANALISIS DE LAUDOS ARBITRALES.....	11
1. PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	11
1.1 PRINCIPIO DE COLABORACIÓN .....	12
1.2 PRINCIPIO DE ECONOMÍA .....	15
1.3 PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA .....	15
1.4 PRINCIPIO DE BUENA FE.....	16
2. ETAPA PRECONTRACTUAL .....	18
2.1 PLIEGO DE CONDICIONES O TERMINOS DE REFERENCIA.....	19
2.1.1 Concepto.....	19
2.1.2 Importancia de los pliegos de condiciones frente al proceso de licitación pública .....	20
2.1.3 Relación entre el contenido del contrato y el contenido del pliego de condiciones .....	21
2.2 OFERTA.....	22
2.2.1 Concepto.....	22
2.2.2.....	22
2.3 PROCESO DE SELECCIÓN.....	23

2.3.1 Adjudicación.....	23
<b>3. ETAPA CONTRACTUAL.....</b>	<b>24</b>
<b>3.1 EL CONTRATO ESTATAL.....</b>	<b>24</b>
3.1.1 Concepto.....	24
3.1.2 Naturaleza jurídica.....	25
3.1.3 Características.....	27
3.1.3.1 Contrato solemne.....	27
3.1.3.2 Contrato conmutativo.....	28
3.1.3.3 Contrato susceptible de modificación unilateral.....	29
3.1.3.4 Contrato de libre negociación.....	30
3.1.4 Responsabilidad estatal.....	310
<b>3.2 ECUACIÓN ECONOMICA.....</b>	<b>30</b>
3.2.1 Concepto.....	30
3.2.2 Fundamento de la ecuación contractual.....	34
3.2.3 Objetivo de la ecuación financiera contractual.....	34
3.2.4 Desarrollo legislativo del equilibrio financiero.....	35
3.2.5 Aplicación de la teoría del desequilibrio.....	36
3.2.6 Causas de la ruptura del equilibrio.....	38
3.2.7 Eventos de rompimiento.....	39
3.2.7.1 Hecho del príncipe.....	39
3.2.7.1.1 Concepto.....	40
3.2.7.1.2 Diferencia con otras figuras.....	40
3.2.7.1.2.1 Con los actos o hechos de la entidad administrativa contratante.....	40
3.2.7.1.2.2 Con la modificación o terminación unilateral del contrato.....	40

3.2.7.1.3 Posición divergente .....	41
3.2.7.2 Teoría de la imprevisión .....	42
3.2.7.3 Incumplimiento de las obligaciones .....	44
3.2.7.3.1 Concepto.....	46
3.2.7.3.2 Etapa previa .....	47
3.2.7.3.3 Vínculo de causalidad.....	47
3.2.7.3.4 Causales de exoneración .....	48
3.2.7.3.5 Carga de la prueba en el incumplimiento de obligaciones bilaterales y de medio.....	49
3.2.8 Formas de reparación .....	50
3.2.8.1 Punto de no pérdida.....	50
3.2.9 Fórmulas de reajuste de precios .....	50
3.2.9.1 Concepto y objetivo .....	51
3.2.9.2 Aplicación .....	51
3.2.10 Intereses moratorios e indexación .....	55
3.2.11 Mayor permanencia en obra.....	59
3.2.12 Poderes excepcionales.....	61
3.2.12.1 Cláusulas exorbitantes .....	62
3.2.13.1 Concepto de caducidad .....	63
3.2.13.2 Naturaleza jurídica de la caducidad.....	63
3.3 MULTAS .....	64
3.4 LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO .....	67
3.4.1 Concepto.....	68
3.4.2 Desarrollo legislativo .....	68

<b>3.4.3 Clases de actas de liquidación .....</b>	<b>71</b>
<b>3.4.3.1 Unilateral .....</b>	<b>71</b>
<b>3.4.3.2 Bilateral .....</b>	<b>70</b>
<b>3.4.4 Efectos del acta de liquidación .....</b>	<b>70</b>
<b>3.4.5 Cumplimiento de la liquidación del contrato .....</b>	<b>72</b>
<b>3.5 PRINCIPALES CONTRATOS ESTATALES .....</b>	<b>73</b>
<b>3.5.1 Obra pública .....</b>	<b>73</b>
<b>3.5.1.1 Concepto .....</b>	<b>73</b>
<b>3.5.1.2 El precio .....</b>	<b>74</b>
<b>3.5.1.2.1 Sistema de precios globales .....</b>	<b>75</b>
<b>3.5.1.2.2 Sistema de precios por concesión .....</b>	<b>77</b>
<b>3.5.1.2.3 Sistema de precios unitarios.....</b>	<b>78</b>
<b>3.5.2 Negocios fiduciarios .....</b>	<b>79</b>
<b>3.5.2.1 Concepto.....</b>	<b>79</b>
<b>3.5.2.1.1 Fiducia pública .....</b>	<b>80</b>
<b>3.5.2.1.2 Encargo fiduciario.....</b>	<b>80</b>
<b>3.5.2.1.3 Posición de la jurisprudencia arbitral.....</b>	<b>81</b>
<b>3.5.2.2 Características.....</b>	<b>82</b>
<b>3.5.2.3 Forma en que deben celebrarse los contratos .....</b>	<b>83</b>
<b>3.5.2.4 Naturaleza de las obligaciones a cargo del fiduciario .....</b>	<b>84</b>
<b>3.5.3 Concesión .....</b>	<b>85</b>
<b>4 ASPECTOS PROCESALES .....</b>	<b>87</b>
<b>4.1 SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO.....</b>	<b>87</b>
<b>4.1.1 Silencio administrativo negativo .....</b>	<b>87</b>

4.1.2 Silencio administrativo positivo .....	88
4.2 COSA JUZGADA POR EFECTO DE LA TRANSACCIÓN .....	89
4.3 VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.....	91
5. CONCLUSIONES .....	94
5.1 ANALISIS DE LAS CRITICAS RECIENTEMENTE PLANTEADAS A LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO EN CONTRATACION ESTATAL.....	94
5.2. POSICION CRITICA RESPECTO DE LA LEGITIMIDAD DE LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO.....	103
5.3 CONCLUSIONES GENERALES .....	105
<b>SEGUNDA PARTE: RECOPIACION DE EXTRACTOS DE LAUDOS</b>	
<b>ARBITRALES .....</b>	
<b>1. PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....</b>	
	111
2. ETAPA PREVIA.....	116
3. PLIEGO DE CONDICIONES.....	117
4. OFERTA.....	147
5. ADJUDICACIÓN.....	152
6. CONTRATO ESTATAL.....	153
7. RESPONSABILIDAD ESTATAL .....	161
8. ECUACIÓN ECONÓMICA .....	173
8.1 HECHO DEL PRINCIPE .....	216
8.2 TEORIA DE LA IMPREVISIÓN.....	227
8.3 INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES .....	228
8.4 INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN.....	236
8.5 PODERES EXCEPCIONALES .....	247

<b>8.6 CLAUSULAS EXORBITANTES .....</b>	<b>249</b>
<b>9. MULTAS .....</b>	<b>255</b>
<b>10. LIQUIDACIÓN.....</b>	<b>257</b>
<b>11. CONTRATO DE OBRA PUBLICA.....</b>	<b>274</b>
<b>12. NEGOCIOS FIDUCIARIOS.....</b>	<b>290</b>
<b>13. CONTRATO DE CONCESIÓN .....</b>	<b>306</b>
<b>14. SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO .....</b>	<b>315</b>
<b>15. COSA JUZGADA POR EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN .....</b>	<b>324</b>
<b>16. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.....</b>	<b>326</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>331</b>

## INTRODUCCIÓN

La idea de realizar éste trabajo surgió gracias a dos necesidades concretas: la primera, por la importancia que han venido tomando los Tribunales de Arbitramento dentro del medio jurídico, en especial aquellos en donde se ve envuelta una entidad estatal dentro del conflicto. La segunda, porque hasta el momento no existe una compilación organizada y específica, de las principales tesis jurídicas en éstos expuestas, que para éste caso, son las que se han dictado en materia de contratación estatal, desde la expedición de la Ley 80 de 1993.

El objetivo concreto que se persigue con la realización de éste trabajo, es el de compilar en un solo texto, los extractos más relevantes, que han surgido de los Tribunales de Arbitramento. Tribunales que en su mayoría se han llevado a cabo en la Cámara de Comercio de Bogotá, pero además se han tenido en cuenta los de mayor relevancia en el ámbito nacional e incluso se tomo como fuente un laudo de carácter internacional.

La contratación estatal es una materia de gran importancia dentro del ámbito jurídico colombiano, no sólo por estar en ella comprometidos intereses de vital importancia para la comunidad, sino por lo cuestionado que ha sido el manejo que le han dado a los recursos públicos las personas que han estado a cargo de ellos.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993, se pretendió concordar en un texto único la legislación dispersa que existía hasta el momento en la materia. Tratando de dejar la regulación casuística y minuciosa que se tenía, reemplazándola por un estatuto de principios generales, aplicables a cualquier tipo de contrato público, y que tuviera la posibilidad de hacer más transparente el proceso que va, desde la elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia, hasta la culminación con éxito de la labor contratada. De donde se desprende su importancia y la necesidad de que existan compendios como este, que facilitan su interpretación y aplicación.

El trabajo se realizó mediante el análisis directo de los laudos arbitrales. Los cuáles fueron estudiados principalmente en la Cámara de Comercio de Bogotá, gracias a un extenso archivo que tienen de éstos allí. Los demás se consiguieron por la colaboración de algunos árbitros y secretarios de los Tribunales de Arbitramento, que nos facilitaron copia de los mismos para su respectivo examen.

Por último, cabe señalar la importancia práctica que tiene este trabajo en el campo jurídico. Puesto que no sólo sirve como material académico para quienes deseen profundizar en el área de contratación estatal, sino que es una herramienta útil para abogados, jueces y árbitros, que requieran de los postulados adoptados por la Jurisprudencia Arbitral, para aplicarlo a los casos concretos que se enfrenten a resolver.

## **PRIMERA PARTE: ANALISIS DE LAUDOS ARBITRALES**

### **1. PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993, establece que: “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán a las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

Como consecuencia de lo anterior se entiende que, es requisito indispensable cuando se trate de contratación administrativa, observar todos aquellos principios orientadores necesarios para cumplir cabalmente la finalidad del Estado (artículo 3 de la Ley 80 de 1993).

De igual manera, respecto a la escogencia del contratista, se deben seguir los principios orientadores, establecidos en la ley, de selección objetiva, economía, transparencia, entre otros.

La Jurisprudencia Arbitral ha tenido oportunidad de referirse a algunos de estos principios orientadores de la contratación administrativa, a continuación trataremos de esbozar algunos puntos característicos de éstos y su incidencia en el tema que nos ocupa:

## **1.1 PRINCIPIO DE COLABORACIÓN**

Este principio deriva del postulado de buena fe consagrado en el artículo 871 del Código de Comercio: “ Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo a lo que corresponde a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”, también de la naturaleza del contrato, de la Ley 80 de 1993, por lo cual constituye un principio general de derecho.

En el tema de Contratación Estatal, cuando se alude al principio de colaboración, debemos referirnos a la calidad que el Estado tiene respecto a los contratistas, la cual es de colaboradores, no contendientes, y menos enemigos.

Pues la misma Ley 80 de 1993, establece que:

- Los servidores públicos y los particulares “...colaboraran en la consecución de (los) fines...” estatales (artículo 3°).
- Los contratistas “colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto del contrato se cumpla...” (artículo 5 parágrafo 2)

Este principio debe observarse sobre la totalidad del proceso de contratación.<sup>1</sup> Además, sirve de base para limitar la responsabilidad, deberes y obligaciones, de las personas ya sean naturales o jurídicas que hacen parte de un contrato o negocio jurídico, y así lograr determinar hasta dónde debe llegar su deber.

De ahí que se halla admitido por la doctrina y la jurisprudencia, que sobre el sujeto activo de la relación jurídica analizada, existan deberes que éste debe cumplir, que hagan posible el cumplimiento de lo que el sujeto pasivo (deudor) se ha comprometido a realizar, uno de los cuales es el de colaboración.

La jurisprudencia arbitral ha mantenido una línea respecto a lo que considera es un deber del acreedor, así: “ el acreedor que no ha obrado con diligencia, providencia, previsión a él correspondientes (...) no puede reprocharle al deudor a quien no proveyó la información, el apoyo, la colaboración indispensable, desaciertos, imprecisiones, o falta de la plenitud deseable, o de la propia ejecución de la prestación “ y ha puntualizado que sobre cada uno de los integrantes del contrato “ pesan cargas de claridad, precisión, información, colaboración, de modo que al omitir los actos necesarios correspondientes, él asume exclusivamente las consecuencias adversas de su inercia o de su incuria. Lo cual es más significativo

---

<sup>1</sup> Laudo entre FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTAFE DE BOGOTA D.C. Vs. SOCIEDAD FRANCESA DE EXPORTACION DE MATERIALES SISTEMAS Y SERVICIOS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR SOFREMI. 26 de Octubre de 2001.

y exigente en los contratos de colaboración y en las obligaciones que la presuponen e imponen...”<sup>2</sup>

Al respecto los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado “ UNDRUIT”, caracteriza este deber, como: “ una parte debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación puede ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”

Es así como este principio es base fundamental en los contratos de naturaleza estatal, pues como ya se mencionó , el Estado y los contratistas son colaboradores, en la consecución de los fines estatales. Sin embargo no debe desconocer que dicho principio debe tener límites impuestos por la propia ley, pues no sería conveniente so pretexto de aplicar este postulado se incurra en excesos de poder, en usurpación de atribuciones o en cualquier otra modalidad de violación de la legalidad objetiva. <sup>3</sup>

Esta posición de la jurisprudencia arbitral y, en general de la jurisprudencia y doctrina colombiana, encuentra correspondencia incluso en el ámbito internacional, ejemplo de ello es lo expresado por MARIENHOFF, en su libro Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III. 1993, que al respecto menciona: “La actividad del

---

<sup>2</sup> Ibídem.

cocontratante debe tender a facilitar el cumplimiento de esos “fines” por parte del Estado ; pero no es necesario que el cocontratante cumpla, ejecute o realice, personal o directamente dichos “fines”; basta con que contribuya a que ello sea posible. No se trata de una sustitución del Estado por el administrado para el cumplimiento de las funciones o fines a cargo de aquél, sino una mera colaboración del administrado con el Estado para que éste cumpla dichas funciones”.

## **1.2 PRINCIPIO DE ECONOMÍA**

Respecto al principio de economía, la jurisprudencia arbitral ha señalado que hace referencia a que tanto la Administración como el Contratista, una vez se elaboren los diseños y estudios correspondientes, tengan absoluta certeza del contenido y extensión de las prestaciones a su cargo, de manera tal que, técnica, económica y jurídicamente el objeto del contrato aparezca claramente identificado.

## **1.3 PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA**

En virtud de lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, relativo al principio de transparencia, se establece que éste debe regir la selección del contratista, cuando dice que “en los procesos contractuales los interesados

---

<sup>3</sup> Laudo entre INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU- Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. de C. –ICA- 30 de noviembre de 2001

tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten”.

La Jurisprudencia Arbitral se ha pronunciado en este aspecto de manera homogénea, dejando claro que este principio deberá tener aplicación en todas las etapas que deben observarse en la celebración de un Contrato Estatal, y especialmente respecto a su inicio, es decir, en la claridad que debe tener todo pliego de condiciones, y en la oportunidad que deben tener aquellos que pretendan ser partes del contrato para su oportuna revisión, así:

“Para ello, en los pliegos de condiciones de toda licitación deben preverse etapas que permitan no solo que los proponentes interesados conozcan tales informes, sino que otorguen la posibilidad de expresar observaciones, de modo que la ley brinda claras oportunidades a los proponentes que tengan dudas o que hayan llegado a conclusiones teóricas y subjetivas, para que las entidades públicas licitantes las conozcan, procedan a efectuar las aclaraciones pertinentes y disipen las incógnitas que puedan subsistir.”<sup>4</sup>

#### **1.4 PRINCIPIO DE BUENA FE**

---

<sup>4</sup> Laudo entre INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU- Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. de C. –ICA- 30 de noviembre de 2001

En cuanto al *principio de Buena Fe*, los Laudos hacen referencia a la lealtad contractual que debe inspirar la actuación de toda parte contratante, con mayor razón cuando se trata de una entidad pública.

La jurisprudencia del Consejo de Estado (Sala de Consulta y Servicio Civil, el 17 de abril de 1996), seguida por la de la Jurisprudencia Arbitral, ha dicho con gran acierto que:

“(.) Es menester establecer diferenciación entre la idea abstracta y escueta de buena fe y el principio general del derecho que lo contempla. La buena fe a secas obedece a un concepto incluido en normas jurídicas tendientes a precisar supuestos de hecho en casos particulares. Pero el principio general del derecho engendra una apreciación jurídica de contenido más amplio tendiente a que toda persona que en razón de su actividad ejecute actos jurídicos lo haga motivado por una actitud honesta, leal, desprovista de cualquier intención dolosa o culposa, lo que jurídicamente implica la honradez de toda relación jurídica manifestada en su doble dirección: el ejercicio del derecho de buena fe o el cumplimiento de la prestación derivada de la obligación que la causa, lo que debe también ejecutarse de buena fe.”<sup>5</sup> (TERMORRIO contra ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO, 21 de diciembre de 2000).

EL Laudo proferido en el caso SEPULVEDA LOZANO CIA LTDA. Vs. el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU , el 5 de mayo de 1997, aclara el

---

<sup>5</sup> Laudo entre TERMORRIO Vs. ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO, 21 de diciembre de 2000.

concepto de buena fe y lealtad contractual, al diferenciarlo expresamente de lo que podría configurar un vicio en el consentimiento, como consecuencia de un error en uno de los elementos esenciales del contrato, al hacer referencia específicamente a un contrato de obra.

## **2. ETAPA PRECONTRACTUAL**

La etapa previa a la celebración del contrato ha sido regulada en detalle por parte de la Ley 80 de 1993. Esto en consideración a la impecable conducta que se exige, tanto de la entidad contratante (o licitante), como de los posibles contratistas (u oferentes). Dicha conducta garantizará el normal desarrollo del contrato, bajo los postulados de la buena fe contractual y de la igualdad de condiciones para todos los interesados en aspirar a la adjudicación del contrato.

La Jurisprudencia Arbitral ha dicho al respecto que: “así como existen claros deberes de conducta que deben desplegar las entidades estatales en la fase preparatoria o previa, también se presentan deberes que acatar por parte de los oferentes en la fase de preparación de su oferta en donde la diligencia exenta de culpa y el principio de buena fe deben presidir su actuación. Diligencia que ha de pregonarse en consideración, no a cualquier persona, sino respecto de quienes se supone que son profesionales y poseen conocimientos y experiencia especializada en los temas objeto del contrato y atendiendo también al cumplimiento de la carga de legalidad y precisión en las reglas de juego”<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Laudo entre el CONSORCIO CONSTRUCTORA ANDRADE, GUTIÉRREZ Y OTROS Vs. FERROVIAS. 7 de marzo de 2002.

En relación con la entidad contratante, tanto la ley, como la doctrina y la jurisprudencia, han sido unánimes en consagrar una especial diligencia en cabeza de ésta, en lo relacionado con la elaboración de estudios confiables y actualizados, y de diseños serios y reales. Al respecto la Jurisprudencia Arbitral se ha pronunciado diciendo que “es clara la magnitud e importancia del deber que se comenta que la propia ley 80 de 1.993, en su artículo 26, ordinal 3º , establece que las entidades responderá “cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueron necesarios..” En evidente relación directa con el tema que se está tratando, la ley también de manera expresa y categórica confiere responsabilidad a las entidades cuando “los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos” (artículo 26, ordinal 3º. Se subraya)”<sup>7</sup>.

## **2.1 PLIEGO DE CONDICIONES O TERMINOS DE REFERENCIA**

### **2.1.1 Concepto**

---

<sup>7</sup> Laudo entre SEPÚLVEDA LOZANO Y CIA LTDA. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU. 5 de mayo de 1997.

El Pliego de Condiciones es un acto administrativo de carácter general, producido por parte de la administración de manera unilateral, con la capacidad de producir efectos jurídicos propios tanto en el proceso de selección del contratista, como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato. Es un documento que reglamenta las relaciones entre la entidad que lo realiza y quienes participan en el proceso licitatorio, y además es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y ejecutan<sup>8</sup>.

### **2.1.2 Importancia de los pliegos de condiciones frente al proceso de licitación pública**

El pliego de condiciones es una garantía de igualdad en el trato y en las condiciones que se le otorgan a los distintos participantes de la licitación pública. Es por esto que el contrato que resulte de la adjudicación hecha por parte de la entidad contratante, no debe ser distinto, ni en su naturaleza, ni en sus condiciones, a lo que fue señalado por la administración dentro de dicho pliego.

En el proceso administrativo que se hace para contratar por medio de licitación pública, el acuerdo de voluntades se da mediante el llamamiento a ofertar a la colectividad, que se concreta en el pliego de condiciones de la licitación. Por esto se ha dicho que “El pliego de condiciones en el concurso tiene como función jurídica la de señalar las obligaciones generales de las partes en el contrato

---

<sup>8</sup> Tomado de la Sentencia del Consejo de Estado del 27 de agosto de 1999, citada en el laudo entre EQUIPO UNIVERSA Y CIA LTDA. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS. 11 de agosto de 2000.

proyectado. El contrato que se celebre como resultado de la licitación encuentra su fuente en el pliego de condiciones y no puede ser sino su desarrollo. Estas condiciones son elementos integrantes del contrato”<sup>9</sup>.

### **2.1.3 Relación entre el contenido del contrato y el contenido del pliego de condiciones**

La doctrina ha llamado al pliego de condiciones como “la ley del contrato”, esto es, en atención a la importancia que tiene con relación a las cláusulas que posteriormente queden plasmada en el contrato que se celebra entre la entidad y el contratista seleccionado. Se ha establecido que en caso de existir una discordancia entre el contenido de uno y otro, debe prevalecer lo que se dijo en el pliego, por ser este el documento que responsablemente la administración elaboró y en el cual fijó las condiciones con base a las cuales los oferentes realizaron sus propuestas. Se constituye entonces, como un marco de referencia de las obligaciones generales de las partes en el contrato proyectado.

La Jurisprudencia Arbitral ha dicho al respecto que “los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los

---

<sup>9</sup> Ibidem.

demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes.”<sup>10</sup>

## **2.2 OFERTA**

### **2.2.1 Concepto**

Es el acto jurídico mediante el cual el particular, con base en lo establecido en la ley y dentro de los términos de referencia, realiza una declaración de voluntad, encaminada a establecer, crear o modificar derechos o relaciones jurídicas, para con el licitante y demás oferentes que participan en el procedimiento.

Por una parte se ha dicho que la oferta se sujeta en gran medida a las disposiciones del derecho privado, en todo lo relacionado con la validez y efectos de los actos y de las declaraciones de la voluntad, pero también debe acomodarse a las reglas que trae la Ley 80 de 1993, en lo relacionado con la sujeción que debe guardar frente a lo establecido en los pliegos de condiciones o términos de referencia.

### **2.2.2 Responsabilidad del oferente**

---

<sup>10</sup> Ibídem.

El oferente debe tener un grado alto de diligencia en lo que respecta a la elaboración de la oferta, puesto que los posibles desajustes o errores imputables a su conducta, generan responsabilidad de éste frente a la entidad contratante, y eximen a ésta de futuros reajustes por desequilibrios en la ecuación financiera del contrato. Al respecto la Jurisprudencia Arbitral ha dicho que “En la parte pertinente de las consideraciones jurídicas, el Tribunal dejó sentado su posición en relación con el tratamiento que deben revestir los descuidos, negligencias o simples errores en que haya podido incurrir, el inicialmente proponente y después contratista, en la elaboración de su oferta. Se dijo entonces que no es de recibo estructurar teorías absolutas sobre el desequilibrio contractual cuando la verdadera causa del desfase se encuentra en un error cometido por el proponente. Error inexcusable por demás, en tratándose de expertos en las materias respecto de las cuales licitan”<sup>11</sup>.

## **2.3 PROCESO DE SELECCIÓN**

### **2.3.1 Adjudicación**

La Ley 80 de 1993 es clara en exigir por parte de la entidad contratante una conducta transparente en lo que al proceso de selección y adjudicación del contrato se refiere. Es por esto que en los numerales 7, 8, 9 y 10 del artículo 30 de esta Ley, se establecen los principios de igualdad de los proponentes y el del

---

<sup>11</sup> Laudo entre SEPÚLVEDA LOZANO Y CIA LTDA.. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU. 5 de mayo de 1997.

deber de selección objetiva, frente a las propuestas que hayan sido presentadas y que resulten admisibles.

El acto de adjudicación constituye una aceptación formal por parte de la entidad contratante de una de las ofertas realizadas, e implica un ajuste de voluntades o convenio jurídico entre la parte seleccionada y la administración. El efecto principal que tiene este acto para las partes, es el de surgir para el adjudicatario y adjudicante una situación de recíprocos derechos y obligaciones, en donde el contrato solamente será la forma instrumental o acto formal<sup>12</sup>.

### **3. ETAPA CONTRACTUAL**

#### **3.1 EL CONTRATO ESTATAL**

##### **3.1.1 Concepto**

Dentro de la Jurisprudencia Arbitral “se entiende por contrato estatal cada uno de los actos jurídicos generadores de obligaciones, que celebren las entidades públicas con capacidad para contratar, previstos en el derecho público o privado,

---

<sup>12</sup> Laudo entre TERMORRIO Vs. ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO. 21 de diciembre de 2000.

típicos o atípicos y los derivados, en general, del ejercicio de la autonomía de la voluntad”<sup>13</sup>.

### **3.1.2 Naturaleza jurídica**

Mucho se ha discutido acerca de cuál es la naturaleza jurídica de los hoy llamados contratos estatales. La discusión se centra en si su naturaleza es exclusivamente privada, exclusivamente pública o si puede reunir elementos de ambos ordenamientos.

Dentro de la Jurisprudencia Arbitral, la solución mayoritaria que se le da al problema, se centra en aceptar que dentro de los contratos estatales es posible que coexistan tanto normas de derecho público como normas de derecho privado, como lo reitera el siguiente laudo: “El hecho de que estén regulados, en principio, por normas de derecho público, no desvirtúa este aserto, porque las que contemplan el efecto de las obligaciones en general emanadas de éstos, así como las que regulan el consentimiento válido, el objeto y la causa lícitos se regirán por las normas de derecho privado (civil o comercial)”<sup>14</sup>

La aplicación del derecho privado está limitada a las materias civil y comercial, es decir, que en contratación estatal no serán de recibo las demás áreas del privado.

---

<sup>13</sup> Laudo entre COOPERADORES I. P. S. S. A. Vs. FIDUCIARIA LA PREVISORA S. A. 10 de abril de 2000.

<sup>14</sup> Laudo entre EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS FERROVIAS Vs. CONSORCIO CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S. A. Y CONCIVILES S. A. 9 de marzo de 2002.

Pero debe especificarse cual de estas dos materias se aplica para el caso concreto que se presente.

Para Luis Guillermo Dávila Vinueza “El tema debe iniciarse a partir de la concepción del acto de comercio el cual permitirá contribuir a dilucidar si la relación contractual es de estirpe comercial o civil. Esto no es de poca monta porque en muchos casos las dos ramas regulan la misma materia o semejantes de manera no siempre igual”<sup>15</sup>. Según ello, debe analizarse cada caso en particular, para aplicar las normas comerciales cuando se esté frente a una acto de comercio, y por el contrario, aplicar la legislación civil cuando el hecho no se ajuste a la definición de dicho acto<sup>16</sup>.

Agrega el tratadista citado que: “La preferencia de las normas mercantiles, no traduce en la preferencia del Código de Comercio sobre el Civil pues existen materias de éste último que por disposición de aquel rigen asuntos mercantiles. Fenómeno denominado como la mercantilización o comercialización de la ley civil. Es decir, que para estos efectos se entienden mercantiles y aplicables por tanto, de preferencia a las estrictamente civiles. Estas materias son las que *gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse* (C. Co. Art. 822)”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Editorial LEGIS, 2001. P. 369 Y 370.

<sup>16</sup> *Ibíd.*

<sup>17</sup> *Ibíd.*

También se resalta el hecho de que no todos los contratos estatales tienen las mismas características ni se rigen por los mismos principios absolutos, según las especificidades de éstos, se manejarán de acuerdo a las reglas del derecho público o de acuerdo a las del derecho privado. “ El sólo hecho de que una entidad de las llamadas estatales por la Ley 80, deba o no someterse al proceso licitatorio, marca desde el comienzo una gran diferencia en el alcance de las posibilidades de inclusión de determinadas cláusulas y/o de negociación de la entidad respectiva”<sup>18</sup>

En efecto, si el contrato se celebra, con etapa previa licitatoria, las condiciones estarán mucho más restringidas para la entidad pública y el clausulado estará ceñido a los postulados del derecho público. Si por el contrario, el contrato es de aquellos en los que la escogencia del contratista debe hacerse en forma directa, se verá más claro el despliegue de la capacidad negocial propia de las relaciones entre los particulares.

### **3.1.3 Características**

#### **3.1.3.1 Contrato solemne**

Según el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 el contrato estatal debe constar por escrito. La interpretación que de la norma se ha dado “es que el contrato se

---

<sup>18</sup> Laudo entre INVERSIONES KENO S. A Vs. EMPRESA COLOMBIANA DE RECURSOS PARA LA SALUD S. A. ECOSALUD. 20 de agosto de 1997.

perfecciona una vez que haya acuerdo de las voluntades que concurrieron a formarlo, sobre sus elementos esenciales: objeto y contraprestación. Lo que ha de elevarse a escrito es, justamente, el acuerdo de voluntades alcanzado. Y ya se vio como ese acuerdo de voluntades solo se obtiene cuando confluyen el querer de la administración, unilateralmente expresado en el pliego de condiciones, y el querer del particular contratista, también unilateralmente expresado en su propuesta, que la entidad contratante encontró ajustada a dicho pliego”<sup>19</sup>

### **3.1.3.2 Contrato conmutativo**

La conmutatividad del contrato estatal se desprende de la Ley 80 de 1993, puesto que el citado ordenamiento lo que busca es que se mantenga el valor intrínseco de la remuneración pactada durante la vigencia del contrato.

De lo anterior se desprende que la entidad pública deba asumir algunos riesgos, no todos, que se han considerado por la doctrina como de orden público, y que no pueden ser trasladados al contratista. Estos riesgos son: los derivados del ejercicio de las potestades excepcionales del Estado; los derivados de las modificaciones o variaciones de la obra contratada por causas no imputables al contratista; la imprevisión, la ecuación contractual o el mantenimiento del equilibrio económico del contrato; el hecho del príncipe y; los derivados de la mala conducta contractual del Estado.

---

<sup>19</sup> Laudo entre EQUIPO UNIVERSAL y Cía. Ltda. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. 11 de agosto de 2000.

### **3.1.3.3 Contrato bilateral**

Según el artículo 1496 del Código Civil, un contrato es bilateral “cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”. De donde se desprende que cada una de las partes que forman el contrato juegan el papel de deudora y de acreedora de la otra.

Las principales consecuencias que tiene esta clasificación son, en primer lugar, que si una de las partes deja de cumplir las obligaciones a su cargo, la otra parte queda exonerada de las suyas, regulado en el 1546 del Código Civil como condición resolutoria tácita. En segundo lugar, la parte que ya cumplió sus obligaciones tiene derecho a la restitución de las mismas, por cuenta de quien incumplió las suyas, figura que se encuentra en el artículo 1609 del Código Civil bajo el nombre de excepción de contrato no cumplido.

Luis Guillermo Dávila Vinueza explica que: “Durante mucho tiempo la excepción de contrato no cumplido fue negada para los contratos del Estado bajo la tesis consistente en que el interés público que los motivaba, impedía para el contratista su aplicación que se concreta de hecho en la suspensión del contrato por el incumplimiento de la entidad”<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Editorial LEGIS, 2001. P. 374.

Sin embargo, en la actualidad y debido a los abusos cometidos por las entidades, es posible que dentro de la ejecución del contrato estatal, el contratista haga uso de las prerrogativas mencionadas. Sólo que dicho uso se ve limitado por la misma naturaleza del contrato, como lo explican a continuación: “Esta condición confiere el derecho para que el cumplido ejercite las llamadas acciones alternativas del artículo 1546 del Código Civil, en virtud de lo cual puede pedir la resolución o el incumplimiento del contrato, en uno y otro caso con indemnización de perjuicios. Estas acciones sustantivas se ejercen a través de la acción contractual que consagra el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, sólo que en la contratación estatal se reducen a la solicitud indemnizatoria para el contratista ya que el incumplimiento de la entidad impide la solicitud de cumplimiento por el privilegio de facere de que goza”<sup>21</sup>.

#### **3.1.3.4 Contrato de libre negociación**

Se ha dicho por la Jurisprudencia Arbitral, que si bien es cierto que los contratos estatales no ofrecen las mismas posibilidades de negociación que se tienen en la generalidad de los contratos celebrados por los particulares, no por esto puede predicarse de los primeros que sean contratos de adhesión, puesto que entre la entidad contratante y el contratista, existe un amplio margen para la discusión de los términos del acuerdo.

---

<sup>21</sup> *Ibíd.*

### 3.1.4 Responsabilidad estatal

Para la Jurisprudencia Arbitral, la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado encuentra su fundamento en el artículo 90 de la Constitución, de donde se desprende la noción de “daño antijurídico”, “que informa el concepto legal del equilibrio económico de los contratos estatales (...) De esta manera surgirá para el Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que sufra el particular contratista, siempre que el mismo no le sea imputable, y no se encuentre en obligación surgida de la ley o del contrato”<sup>22</sup>

En concordancia con lo anterior cabe recordar que la administración pública goza de algunas prerrogativas en materia de contratación estatal, las cuales eran excesivas hasta la expedición de la Ley 80 y que actualmente se mantienen de manera parcial, pero siempre bajo el entendido de que dichas prerrogativas son para vigilar la correcta ejecución del contrato de manera pronta y oportuna, de conformidad con el principio de responsabilidad. Lo anterior no legitima a la entidad contratante a utilizar estos poderes de cualquier forma, puesto que de comprobarse negligencia en el manejo de los mismos, no será el contratista el que responde frente a los poderes, sino será la administración pública la responsable por su negligencia ante este. “La lealtad contractual , la buena fe que debe presidir

---

<sup>22</sup> Laudo entre CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHON S. A Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVIAS. 24 de agosto de 2001.

el desarrollo de todos los contratos no puede auspiciar esta circunstancia de desequilibrio por no ser prerrogativa de la administración”<sup>23</sup>.

Es importante anotar que no cabe una exclusión de responsabilidad en la actividad contractual del Estado por el solo hecho de que se incluyan cláusulas de no responsabilidad, pues esto atentaría directamente contra la equidad, los principios generales del derecho y el principio de la buena fe elevado a canon constitucional.

## **3.2 ECUACIÓN ECONOMICA**

### **3.2.1 Concepto**

El principio del Equilibrio Financiero de la Ecuación contractual, se ha definido por parte de la Jurisprudencia Arbitral, el Consejo de Estado y la doctrina: como el equilibrio que debe mantenerse en relación con los derechos y obligaciones de los contratantes, a tal punto que de llegar a romperse, impone la obligación a las partes de restablecerlo, mediante la utilización de medidas legalmente establecidas para ello.

El artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece lo siguiente: “De la ecuación contractual. 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

---

<sup>23</sup> Laudo entre FONDO ROTATORIO DEL EJÉRCITO Vs. PRATCO S. A. 25 de febrero de 1999.

imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menos tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.”

Miguel S. Marienhoff lo ha definido como la “relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerados equivalentes, de ahí el nombre de ‘ecuación’ (equivalencia – igualdad); ésta última no puede ser alterada”<sup>24</sup>

La Jurisprudencia Arbitral lo ha considerado como un principio de orden público<sup>25</sup>, el cual no puede ser renunciado por las partes al momento de contratar<sup>26</sup>.

Constituyéndose como una regla esencial del derecho administrativo, de obligatorio cumplimiento, en caso de rompimiento del equilibrio de las cargas entre las partes contratantes.

Como se observa hay un criterio unívoco entre las distintas manifestaciones jurisprudenciales y doctrinales, todas ellas reconocen la importancia y relevancia

---

<sup>24</sup> MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III A. Citado en el laudo entre INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. de C. V- ICA. 30 noviembre de 2000.

<sup>25</sup> Laudo entre la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE FENALCO – COMFENALCO Vs. CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL. 24 de octubre de 2001.

<sup>26</sup> Sentencia de octubre 24 de 1996, expediente 11.632, Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández. Tomado del laudo entre INCOEQUIPOS S.A. y SALEH Y TORRES LTDA Vs. COINCO LTDA. 6 de junio de 2001.

del principio del equilibrio de la ecuación contractual, pues con él se le procura la seguridad jurídica al contratista y se mantiene la simetría entre las partes.

### **3.2.2 Fundamento de la ecuación contractual**

El pilar fundamental de la ecuación contractual esta cimentado en los principios generales del derecho, el legislador ha hecho énfasis en la importancia que tiene el mantener la estabilidad del contrato estatal. Es por esto que lo ha apoyado sobre principios como la equidad, la buena fe contractual y el de la igualdad entre las cargas públicas.<sup>27</sup>

### **3.2.3 Objetivo de la ecuación financiera contractual**

Son dos los objetivos que posee dicha figura dentro de nuestra legislación. El primero de ellos es el de ofrecer una justa solución a los inconvenientes producidos por causas ajenas al contratista y que implican para éste un detrimento patrimonial gravoso. El segundo, es el de mantener la simetría entre las prestaciones para los sujetos contratantes, pues con ello se le están asegurando al contratista las utilidades que calculó al momento de la realización de la oferta, las cuales no pueden disminuirse por las actuaciones de la administración<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Laudo entre GIRALDO SANCHEZ & CÍA LTDA. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. 15 de mayo de 2000.

<sup>28</sup> Laudo entre CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE FENALCO – COMFENALCO Vs. CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL. 24 de octubre de 2001.

### **3.2.4 Desarrollo legislativo del equilibrio financiero**

Es interesante el desarrollo legislativo que tiene esta figura en nuestra normatividad, en él se alcanzan a vislumbrar los cambios radicales que se han tenido que tomar en relación con ésta materia, en aras a la protección del contratista frente a la administración.

Esto como consecuencia de la naturaleza del contrato estatal, que a diferencia del contrato civil, puede tener en su interior una dinámica que se manifiesta en los cambios de circunstancias, posteriores al momento de contratar, y que son ocasionadas o no por el ente oficial.

Fue en Francia en 1910 cuando se planteo la figura para un contrato de concesión de transporte público, luego se tomó como principio general de la contratación estatal y ahora es acogida por otras legislaciones como la nuestra. Es en 1964, cuando el legislador se ve en la necesidad de incluir dentro de la legislación Colombiana la institución del Equilibrio Financiero Contractual, lo hace mediante la ley 4 de 1964.

Podemos observar los extremos de la línea cronológica simplemente para detectar los cambio sufridos en la normatividad estatal con relación al tema en cuestión. En un principio, se encontraba la ley 4 de 1964 que imponía revisiones periódicas únicamente para los contratos de obra a precios globales y unitario. Con la

expedición de la ley 80 de 1993 se consagra la figura para todo negocio jurídico que celebre la administración, en pro de mantener el equilibrio financiero y lo instituye como norma imperativa y no potestativa para las partes como lo hacía el Decreto 222 de 1983<sup>29</sup>, en el cual se dejaba al arbitrio de las partes el incluir o no la cláusula de revisión de precios.

### **3.2.5 Aplicación de la teoría del desequilibrio**

El Laudo Arbitral entre la Caja de Compensación Familiar de FENALCO – Comfenalco Vs. Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL establece que el momento apropiado para que las partes apliquen los postulados del equilibrio financiero, es en la culminación del contrato, es decir, que es esta la oportunidad que se tiene para solicitar la reparación de los perjuicios.

Pese a lo anterior, existe una tesis contrapuesta sostenida por el Laudo proferido entre Consorcio Constructora Andrade Gutiérrez y otro Vs. FERROVIAS, donde se afirma que de la Ley 80 se puede deducir claramente la capacidad que tienen las partes para restablecer el equilibrio, en caso de quebranto, desde el momento en que ocurre, sin necesidad de esperar a la liquidación del contrato.

---

<sup>29</sup> Ver desarrollo legislativo en: Laudo entre INGENIEROS CONSTRUCTORES TECNOLOGÍA Y EQUIPO CONSTRUCTORA INECON-TE Ltda. Y CONSTRUCCIONES CARRILLO CAYCEDO S.A. – CONCAY S.A. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS. 15 de septiembre de 1998; GIRALDO SÁNCHEZ Y CÍA LTDA Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS. 15 de mayo de 2000; INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. de C. V-ICA. 30 de noviembre de 2000; CONCESIÓN SANTA MARTA – PARAGUACHON S.A. Vs. INSTITUTO

La argumentación para sostener dicha posición resulta de preguntarse si en un contrato de tracto sucesivo fuese viable esperar a lo sumo 20 años, que es el plazo para acabar el contrato, y expedir el acta de liquidación y con ella resolver la asimetría entre las cargas y ventajas para las partes? Una respuesta afirmativa conduce al absurdo de exigir la espera de este lapso para restablecer las cargas. Sostiene entonces la Jurisprudencia Arbitral, que este tipo de desequilibrios es mejor resolverlos en el mismo momento en que ocurren, para evitar descalabros financieros de la parte contratante.

Esta última es la tesis que nos resulta mas viable, la cual ha sido respaldada por parte del Consejo de Estado, dentro del siguiente extracto: “Nada impide que las discrepancias o diferencias que surjan entre las partes contratantes se vayan definiendo durante la ejecución del contrato, sean estas de interpretación de las cláusulas contractuales o de alcance patrimonial. Frente a estas ultimas, es saludable su solución oportuna (antes del vencimiento del contrato) para salvaguardar no sólo los principios de economía y responsabilidad, sino el de la ecuación financiera. El primero, por cuanto impone la adopción de procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten (ordinal 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993); el segundo, porque tanto los servidores públicos como los contratistas de la administración serán responsables de sus acciones u

---

NACIONAL DE VÍAS – INVIAS de agosto 24 de 2001 y CONSORCIO CONTRATISTA SKANSKA – CONCIVILES Vs. URRRA S.A. E.S.P. 16 de mayo de 2001.

omisiones en la actuación contractual, ya que deberán evitar la agravación de la responsabilidad derivada de su conducta (artículo 50 y ss de la ley citada); y el tercero, porque las partes deberán adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para el restablecimiento del equilibrio contractual, cuando éste se rompa por causas no imputables a quien resulte afectado (art. 27 ibídem).(Lo subrayado es nuestro)<sup>30</sup>

### **3.2.6 Causas de la ruptura del equilibrio**

La ruptura de la ecuación financiera se puede dar por dos tipos de causas, unas que son ajenas al contratista y otras imprevisibles por las partes al momento de contratar<sup>31</sup>. Las primeras, se generan por hechos atribuibles a la administración, y pueden ser de dos clases: lícitas o ilícitas. Las lícitas, son potestades en cabeza de la entidad contratante, que obrando legítimamente y en pro de principios como el del bien común, toma medidas que pueden llegar a alterar el equilibrio de la ecuación financiera<sup>32</sup>. Las ilícitas se constituyen por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administración. En ambos casos debe restablecerse al contratista en sus derechos, hasta el punto de no pérdida.

---

<sup>30</sup> Citado en el laudo entre CONSORCIO CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ Y OTROS Vs. FERROVIAS. 7 de marzo de 2002.

<sup>31</sup> Laudo entre EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS, FERROVIAS Vs. CONSORCIO CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. y CONCIVILES S.A.

<sup>32</sup> Laudo entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Vs. LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMUNICACIONES. 10 de mayo de 2000

Las segundas, son ajenas a las partes del contrato y hacen referencia principalmente a la llamada “teoría de la imprevisión”<sup>33</sup>, que también se conoce como alea económica extra-estatal<sup>34</sup> (aspecto que debido a su importancia, será tratado en un ítem separado).

Es importante destacar, que para que opere el principio de restablecimiento, debe haber ausencia total de participación o de responsabilidad, por parte del contratista, en las circunstancias que originaron el desequilibrio.

### **3.2.7 Eventos de rompimiento**

#### **3.2.7.1 Hecho del príncipe**

La teoría del “hecho del príncipe” tiene fundamento en los postulados de la jurisprudencia francesa, y tiene hoy plena aplicación en Colombia, constituyéndose como uno de los motivos o causas que pueden generar el rompimiento del equilibrio financiero y económico del contrato. La Jurisprudencia Arbitral establece “que se presenta cuando el Estado, en ejercicio de los poderes y facultades que el ordenamiento le ha otorgado con el fin de intervenir la economía y en los demás frentes del devenir Nacional, adopta medidas generales y abstractas que terminan alterando la equivalencia económica de las prestaciones

---

<sup>33</sup> Laudo entre INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. de C. V- ICA. 30 de noviembre de 2000.

<sup>34</sup> Laudo entre MALLAS EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES LTDA – MAECO LTDA Vs. FONDO NACIONAL DEL AHORRO. 10 de marzo de 1999

originadas en el Contrato, pues como consecuencia de esas medidas se generan mayores costos o disminuyen los beneficios que se habían previsto al momento de entrabarse el negocio jurídico”<sup>35</sup>.

#### **3.2.7.1.1 Concepto**

El “hecho del príncipe” se ha definido como la “figura jurídica, que le permite al contratista solicitar el reconocimiento de una indemnización o compensación económica, en los casos en que se presente una ruptura de la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, **imputable a una medida general y abstracta que legítimamente adopte el Estado en ejercicio de sus poderes normativos** de intervención en la sociedad y en la economía, y que no fue prevista por las partes al momento de la celebración del contrato”<sup>36</sup>.

#### **3.2.7.1.2 Diferencia con otras figuras**

##### **3.2.7.1.2.1 Con los actos o hechos de la entidad administrativa contratante**

Esta figura tiene ocurrencia por la sola actuación de la administración como

---

<sup>35</sup> Laudo entre el CONSORCIO CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ OTROS Vs. FERROVIAS. 7 de marzo de 2002.

<sup>36</sup> Tomado del tratadista Rodrigo Escobar Gil. (Las negrillas son del tribunal). Citado en el laudo entre la CONSTRUCTORA ÁTICA ESTUDIO INTERNACIONAL Vs. DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Distrital. 20 de mayo de 2000.

contratante; un ejemplo de ello lo constituye el incumplimiento de una de las obligaciones pactadas en el contrato. La diferencia radica en que la teoría del “hecho del príncipe” presupone una norma general que emana de la administración pública; mientras que los actos o hechos de la administración presuponen una norma específica que se relaciona con el cumplimiento del contrato.

#### **3.2.7.1.2.2 Con la modificación o terminación unilateral del contrato**

También Conocida como *potestas variandi*, se ha definido “como la introducción de las modificaciones a las condiciones del contrato que la administración se encuentra facultada a hacer como manifestación directa e inequívoca del poder de *imperium* que caracteriza su actividad como gestora y garante del interés general”<sup>37</sup>.

Se diferencia con el “hecho del príncipe” en que éste implica la adopción de medidas generales y abstractas por parte de la administración, que alteran el equilibrio económico y financiero del contrato; mientras que la facultad de modificación o terminación unilateral del contrato, corresponde a una medida particular que afecta al contratista directamente por la relación que tiene con el objeto del negocio jurídico celebrado entre la administración y el contratista.

---

<sup>37</sup> *Ibíd.*

### 3.2.7.1.3 Posición divergente

En el laudo arbitral proferido el 10 de mayo de 2000, entre Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A. Vs. Ministerio de Telecomunicaciones, se encuentra una posición que se aparta de lo dispuesto anteriormente, en relación con el concepto, aplicación y alcances de la teoría del “hecho del príncipe”.

El laudo citado establece, en relación con el “hecho del príncipe”, que este “procede para reclamar la indemnización necesaria para restablecer el equilibrio económico del contrato perturbado por acto o actos de la **Administración contratante**.”

La medida que la administración adopte puede ser general o particular.

Los actos particulares, en principio, permiten fundar en ellos la ocurrencia del “hecho del príncipe” y la indemnización necesaria para restablecer el equilibrio económico del contrato. **La medida general, por principio, no es apta para fundar en ella el “hecho del príncipe”**. Excepcionalmente puede servirle de fundamento si afecta el contrato mismo o las condiciones de su ejecución o sea que incide en los aspectos esenciales del contrato”(Las subrayas son propias).

Las diferencias principales radican en que: para los primeros, el “hecho del príncipe” se deriva de medidas generales y abstractas, tomadas legítimamente por el Estado, en ejercicio de sus facultades de intervención en la economía y en la sociedad. Mientras que para los segundos, las medidas deben provenir de la

entidad contratante, y además, dichas medidas, si revisten el carácter de particulares, configuran la teoría del “hecho del príncipe”, mientras que si revisten el carácter de generales, solo excepcionalmente pueden servir como fundamento para ello.

La tesis más pertinente es la que se expuso en la primera parte. Precisamente lo que se señaló como una diferencia del “hecho del príncipe”, es lo que en la segunda tesis se sostiene como característico del mismo. Los actos particulares de la administración contratante, pueden desencadenar una de dos cosas: o constituyen un incumplimiento de las obligaciones contractuales, caso en el que habrá responsabilidad de la entidad; o son producto de las facultades que tiene la entidad para modificar o terminar unilateralmente el contrato.

### **3.2.7.2 Teoría de la imprevisión**

Esta teoría ha sido ampliamente desarrollada por parte de la doctrina y la jurisprudencia, las cuales la enmarcan dentro de las causales que pueden llegar a constituir un rompimiento de la ecuación económica y financiera del contrato. Son circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, que no forman parte del giro normal de los negocios contratados, y que por lo mismo se constituyen como un álea anormal dentro de la relación.

La Jurisprudencia Arbitral ha establecido algunas características sobre la misma, las cuales se sintetizan de la siguiente manera<sup>38</sup>:

- Los hechos imprevisibles que afecten el Equilibrio Financiero Contractual deben acaecer durante la ejecución del contrato.
- Los hechos imprevisibles deben ser ajenos a la acción u omisión de las partes contratantes.
- Los hechos imprevisibles deben causar la onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.
- Los hechos imprevisibles a los que estamos haciendo referencia no pueden pertenecer al alea normal de la ejecución del contrato, es decir, no pueden pertenecer al giro ordinario de la previsión y diligencia de los contratista.
- La fuente de los hechos en cuestión, no puede encontrarse en la negligencia de los actos precontractuales y durante la celebración del contrato por actuaciones de los contratantes.

Cabe mencionar la diferenciación que de este principio se ha hecho frente al régimen de mayores costos, por parte de Jurisprudencia Arbitral: “La doctrina advierte que entre el sistema de revisión del contrato por mayores costos y la teoría de la imprevisión de donde se deriva el primero, existen varias diferencias: La primera y la más importante, es que la teoría de la imprevisión tiene aplicación

---

<sup>38</sup> Laudos entre CONCESIÓN SANTA MARTA – PARAGUACHON S.A. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS. 24 de agosto de 2001; Laudo entre EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS, FERROVIAS – Consorcio Constructora NORBERTO ODEBRECHT S.A. y CONCIVILES S.A. 9 de marzo de 2002.

en casos excepcionales, mientras que el régimen de mayores costos se aplica a hechos normales como lo son los elementos previsibles en el mercado. La segunda estriba en que la teoría de la imprevisión ofrece soluciones, igualmente excepcionales, que van desde la rescisión del contrato hasta el pago de indemnizaciones parciales para que el contrato no fracase, mientras que **en la teoría de los mayores costos el principio es de mantener lo más exactamente posible la ecuación económica del contrato.** (La negrilla y subraya son nuestras). Una tercera diferencia es que la teoría de la imprevisión se aplica en todos los contratos administrativos, en cambio el de los mayores costos es propio, en principio, de los contratos de obra pública.”<sup>39</sup>

Puede concluirse de lo anterior, que a pesar de que la teoría de la imprevisión se aplica únicamente en casos excepcionales, tiene cabida en todos los contratos estatales y son mayores las soluciones que ofrece, en caso de rompimiento del equilibrio contractual.

### **3.2.7.3 Incumplimiento de las obligaciones**

Antes de comenzar el análisis de este punto, se debe advertir que a pesar de que la ley 80 de 1993 en su artículo 5 numeral 1 lo consagra como uno de los eventos de rompimiento de la ecuación contractual, esto no es así debido a que éste se

---

<sup>39</sup> Laudo entre EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS, FERROVIAS – CONSORCIO CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. y CONCIVILES S.A. 9 de marzo de 2002.

produce con el acaecimiento del álea anormal. Alea anormal que no se configura en el evento en que una de las partes incumple sus obligaciones.

La anterior discusión no posee mayor relevancia, puesto que al final lo único claro es que las obligaciones nacen para cumplirse, y si no se cumplen generan perjuicios que se deben reconocer. Luis Guillermo Dávila explica que: “lo que si se torna trascendental es advertir que el incumplimiento de obligaciones no solo alude a las que expresamente provienen del contrato o que pertenecen a su naturaleza sino también las que emanan de los pliegos de condiciones o términos de referencia que se contractualizan tan pronto se suscribe el convenio”<sup>40</sup>

### **3.2.7.3.1 Concepto**

La Jurisprudencia Arbitral ha definido la responsabilidad contractual, en materia administrativa, como “la obligación de reparar el daño que nace a cargo del deudor y a favor del acreedor por la violación o incumplimiento de obligaciones nacidas del contrato”<sup>41</sup>. Se ha advertido por parte de esta misma doctrina que los contratos como tal no se cumplen ni se incumplen, las que se satisfacen o no se satisfacen son las obligaciones que nacen del contrato celebrado entre las partes, y por tanto, son éstas las que se cumplen o no se cumplen.

---

<sup>40</sup> Op. Cit. P. 521.

<sup>41</sup> Laudo entre el FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ D. C. Vs. SOCIEDAD FRANCESA DE EXPORTACIÓN DE MATERIALES, SISTEMAS Y SERVICIOS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR SOFREMI. 26 de octubre de 2001.

### **3.2.7.3.2 Etapa previa**

Desde este momento se mide la conducta de los contratantes, los cuales deben actuar con buena fe en todo momento para evitar posteriores juicios de responsabilidad por incumplimientos para con su contraparte. Siempre corresponderá a la entidad contratante elaborar reglas claras y precisas que no conduzcan al error y además propender porque se adelante con la antelación adecuada a la apertura del proceso de selección los estudios, proyectos y diseños requeridos. Pero estos deberes y obligaciones no solo los tiene la entidad contratante, también tienen plena aplicación en la órbita del contratista, pues será responsable en especial de aquellas ofertas en donde se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

### **3.2.7.3.3 Vínculo de causalidad**

Dentro del campo de la responsabilidad contractual, ha de reconocerse la existencia de un doble vínculo de causalidad. El primero se presenta entre la culpa y el incumplimiento del deudor; y el segundo se da entre el incumplimiento y el daño causado al acreedor.

El primero de los vínculos es con frecuencia presumido por la ley, es decir, se presume que la inexecución de la obligación obedece a la culpa del deudor. La

Jurisprudencia Arbitral ha dicho que ésta es “una presunción compleja, pues supone la presencia de dos elementos : el error de conducta del obligado y su relación causal con la inejecución de la prestación. Como lo explican los comentaristas, para que la presunción de culpa tenga verdadera trascendencia e interés práctico es necesario que se extienda a este vínculo causal”<sup>42</sup>.

Por el contrario, el segundo de los vínculos no goza de la misma presunción, por lo cual, corresponderá al demandante probarlo. Dicha prueba consiste en “demostrar que existe una relación directa - de causa a efecto – entre el no cumplimiento de lo pactado y el demérito sufrido”<sup>43</sup>.

#### **3.2.7.3.4 Causales de exoneración**

La Ley 80 de 1993, prevé en su artículo 5° numeral 1°, el derecho que tienen los particulares a solicitar del Estado el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, a un punto de no pérdida, por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas.

Es así como para la jurisprudencia arbitral, el particular contratista podrá en determinados casos alegar la ocurrencia de un hecho imprevisto, irresistible e insuperable, constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito. La fuerza mayor se ha definido como “el hecho deriva de un acto humano, no imputable al contratista,

---

<sup>42</sup> Laudo entre CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S. A. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVIAS. 26 de noviembre de 2001.

ejemplo de ello son los actos de autoridad” y por caso fortuito se entiende “como una posibilidad desencadenada por la naturaleza, como una inundación, un terremoto, etc.”.<sup>44</sup>

Lo anterior hace necesario el cumplimiento de una condición negativa externa, la cual es entendida por la jurisprudencia arbitral como “...la ausencia de culpa del deudor, en otros términos: cuando existe dolo, negligencia, o imprudencia del deudor, la falta neutraliza el obstáculo y el obligado o deudor permanece responsable.”<sup>45</sup>

Por último se ha reiterado la imposibilidad de amparar eventos como la “Falta de disponibilidad presupuestal” de la entidad contratante deudora, como una causal de "fuerza mayor" cuya materialización la exonere de responsabilidad.<sup>46</sup> ni tampoco “la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios...con fines de liquidación”.<sup>47</sup>

### **3.2.7.3.5 Carga de la prueba en el incumplimiento de obligaciones bilaterales y de medio**

---

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> Laudo entre DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ – CONSORCIO COLOMBIANO ARGENTINO CON.COL.AR 20 de mayo de 2000.

<sup>45</sup> BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA – BANCO CENTRAL HIPOTECARIO Y FIDUCIARIA CENTRAL S.A.. 9 de agosto de 2000.

<sup>46</sup> DRAGOS HIDRÁULICOS LTDA - MINISTERIO DE TRANSPORTE, 28 de febrero de 2001.

<sup>47</sup> TERMORRIO - ELECTRIFICADORA del Atlántico, 21 de diciembre de 2000.

En las obligaciones bilaterales se ha establecido que la carga de la prueba, una vez verificada la existencia del contrato, con “la sola afirmación de quien considera que su contraparte no ha cumplido, traslada a éste la carga de la prueba del cumplimiento y, de no presentarla, como ocurre en el caso de autos, quedará establecido en forma concreta el incumplimiento suyo, con todas las consecuencias legales”<sup>48</sup>. Es importante recordar que no es jurídicamente viable que el deudor de una obligación determine si su cumplimiento es útil o no al acreedor.

En el caso de las obligaciones de medio, corresponde al demandante probar el incumplimiento que alega, pero la prueba del incumplimiento será al mismo tiempo la prueba de la culpa. Normalmente estos dos fenómenos van por separado y debe probarse cada uno de forma independiente, pero en este tipo de obligaciones demostrando uno de ellos, queda necesariamente establecido el otro, pues, dado el contenido de estas prestaciones, la ejecución defectuosa lleva en si misma el error de conducta<sup>49</sup>.

### **3.2.8 Forma de reparación**

#### **3.2.8.1 Punto de no pérdida**

---

<sup>48</sup> Laudo entre el DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ Vs. CONSORCIO COLOMBIANO – ARGENTINO CON.COL.AR. 20 de mayo de 2000.

<sup>49</sup> Laudo entre la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA Vs. BANCO CENTRAL HIPOTECARIO BCH y FIDUCIARIA CENTRAL S.A. 9 de agosto de 2000.

El objeto de ésta figura es el de determinar el límite hasta donde debe llegar la indemnización que la entidad contratante debe pagar al contratista. Esto quiere decir que la reparación debe ser integral, abarcando no solo los costos y erogaciones realizadas para la ejecución del contrato, sino las ganancias y utilidades presupuestadas por el contratista al momento de realizar la oferta.

Lo anterior se reitera cuando se afirma que “La expresión de colocar al contratista en situación de no perdida tiene que ver con las expectativas de lucro vigentes a la celebración del contrato, para que no se vean menguadas por causas ajenas a la propia voluntad de aquel. De esta manera, por mandato legal, la administración ha de asumir los costos necesarios para que el contratista obtenga no solo el monto de las inversiones realizadas en el curso de un contrato estatal, sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros o ganancias, desde luego razonables y ceñidas a las condiciones iniciales del contrato.”<sup>50</sup>

### **3.2.9 Fórmulas de reajuste de precios**

Las llamadas formulas de reajuste de precios, o formulas polinómicas, constituyen uno de los elementos del tema del equilibrio financiero, por relacionarse directamente con el patrimonio de los sujetos contratantes. Estas se presentan como un mecanismo de protección para el contratista, que a su vez se ha instaurado también en defensa de la administración.

---

<sup>50</sup> Laudo entre ARQUITECTOS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES LTDA. – ACEI LTDA – Vs FONDO NACIONAL DE AHORRO. 14 de mayo de 1999.

Estas formulas no están llamadas a restablecer el equilibrio contractual, por el contrario lo que buscan es mantener el valor real o extrínseco de los precios inicialmente pactados.

Debe diferenciarse el concepto de reajuste de precios frente al de revisión de precios. El primero “apunta a reconocer modificaciones extrínsecas o simplemente nominales del precio pactado como respuesta a fenómenos inflacionarios ordinarios que permitan conservar el poder adquisitivo de la moneda”<sup>51</sup>, lo que no conlleva a una mayor remuneración, sino simplemente una actualización del valor inicialmente convenido. Por revisión debemos entender “aquellas rupturas de la ecuación financiera que reclaman la reconsideración y alteración de los precios pactados”<sup>52</sup>, lo que implica una remuneración diferente a la inicialmente pactada.

### **3.2.9.1 Concepto y objetivo**

Las Formulas de reajuste de precios son instrumentos y mecanismos mediante los cuales se obliga a las partes a mantener la simetría financiera de la relación contractual. Se expresan mediante formulas y métodos cuantificables que permiten a las partes lograr el objetivo de satisfacción del interés general, por una parte, y el de generar ganancias y utilidades para el particular, por la otra. La

---

<sup>51</sup> DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Editorial LEGIS, 2001. p. 533.

<sup>52</sup> *Ibíd.*

Jurisprudencia Arbitral lo ha considerado como un derecho de imperativo cumplimiento en cabeza de las partes contratantes.

Lo anterior se reitera en el siguiente laudo al establecer que el objetivo de las fórmulas de reajuste “no es otro que el de preservar, en el tiempo, la equivalencia de las mutuas prestaciones a lo largo de la ejecución y desarrollo del contrato, de manera que el contratista, ante el acontecimiento de circunstancias ajenas y externas a las partes, sobrevinientes a la celebración del contrato, perciba en todo caso la remuneración pactada.”<sup>53</sup>

### **3.2.9.2 Aplicación**

Las Formulas de Reajuste de Precios se entienden incluidas dentro del contrato. Poseen el carácter de normas de imperativo cumplimiento, por lo que no pueden ser renunciadas por las partes. En la práctica se han aplicado mayoritariamente para los casos relacionados con contratos de tracto sucesivo como lo son el de obra y el de consecución y suministro de bienes y servicios.

Un sector de la Jurisprudencia Arbitral ha dicho al respecto que “La revisión o el ajuste no opera sobre el precio global o estimado del contrato porque éste es, apenas, una mera prospección, sino sobre los precios unitarios asignados a los diversos ítems o componentes que integran la obra, servicio o suministro de que

---

<sup>53</sup> Laudo entre GIRALDO SÁNCHEZ Y CÍA. LTDA. – INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS. 15 de mayo de 2000.

se trate”<sup>54</sup>. La anterior es la posición más adecuada, puesto que la modalidad de precios globales, no implica para el contratista la asunción del álea anormal, no previsible al momento de contratar.

En apoyo de lo anterior, se ha establecido que “El Estado, aún en eventos a él no atribuibles, asume como dueño de la obra parte de esos costos. *“El principio res perit domino (las cosas perecen para su dueño) ha sido reconocido desde tiempo atrás en nuestro derecho. Por ello, los riesgos “imprevisibles” “anormales” o no conocidos, que generan mayores costos de ejecución de las obras, no pueden correr por cuenta del contratista; deben serlo por el dueño de la obra”*. (Laudo Arbitral Consorcio Impregilo S.P.A.- Estruco S.A. Vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Septiembre 2 de 1992. Arbitros: Susana Montes de Echeverri. Alberto Preciado y Jorge Rueda Sáenz.)

Por otra parte, la Jurisprudencia Arbitral ha establecido una diferenciación entre el concepto de reajuste y el de revisión de precios “los reajustes aluden al mantenimiento de los costos de los materiales, motivo por el cual implican una compensación al mayor valor que el transcurso del tiempo produce en los mismos, y la revisión de precios a la modificación del valor intrínseco asignado a los ítems del contrato, cuando con los valores contractuales no se resarce la real erogación en que se ha incurrido”<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Laudo entre EQUIPO UNIVERSAL Y CÍA. LTDA.. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVIAS. 11 de agosto de 2001.

<sup>55</sup> Laudo entre SEPULVEDA LOZANO CÍA LTDA. – INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU. 5 de mayo de 1997

La distinción antes mencionada, no ha sido tomada en cuenta en los demás laudos estudiados, lo cual no le resta la importancia que tiene, pues se refiere a un punto específico de la ley, que admite distinciones por parte de la Jurisprudencia Arbitral.

### **3.2.10 Intereses moratorios e indexación**

Tiene origen en la indemnización de perjuicios ocasionada por el incumplimiento del deudor. De conformidad con la Ley 80 de 1993 el reconocimiento de estos intereses serán del orden del 12% sobre el valor histórico actualizado.

Sobre esta materia existe la Ley 598 de 2000, la cual determina en su artículo 6 párrafo: “ Para evitar la distorsión de precios por el incumplimiento en los pagos, las entidades del Estado, reconocerán un interés equivalente al DTF transcurrido 90 días de la fecha establecida para los pagos. “

Esta norma, aunque es de conocimiento de los Tribunales de Arbitramento, no ha sido aplicada por los mismos en sus fallos, por considerar que al otorgar 90 días de gracia para la entidad se está patrocinando desde la misma ley el incumplimiento. Por lo que se ha preferido dar aplicación a los postulados de la Ley 80 de 1993.

Al respecto tal Ley ha suscitado una serie de controversias a nivel nacional, las cuales fueron resueltas por la Corte Constitucional en su sentencia C- 0892 de

2001, la cual dijo que es un deber del Estado “responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.(...) Siguiendo las pautas que sobre la materia han establecido la jurisprudencia y la doctrina *juspublicista*, puede sostenerse que el tema de la responsabilidad contractual reviste gran importancia en el campo del derecho administrativo, en cuanto comporta aquella garantía jurídica reconocida a los particulares que celebran contratos con la administración, dirigida a mantener la correspondencia económica de la relación contractual y la integridad y licitud de su patrimonio, frente a las lesiones o daños antijurídicos que puedan padecer por efecto del incumplimiento de las obligaciones contractuales de parte de la Administración Pública.

Dentro del sistema jurídico que nos rige, la responsabilidad contractual se constituye en el único mecanismo de defensa con que cuenta el particular que colabora en la gestión de los servicios públicos, para exigir la tutela de sus derechos vulnerados o amenazados y lograr que se reemplace la prestación o prestaciones que no efectuó la Administración, por el reconocimiento y pago de una indemnización que lo ubique en la situación patrimonial que habría tenido de haberse dado estricto cumplimiento al contrato - utilidades y ganancias no percibidas -, complementada a su vez con el resarcimiento de los perjuicios directos que también se pudieron derivar del incumplimiento - pago de los mayores costos que se causen-...

Los temas de mayor importancia y trascendencia en el ámbito de la contratación estatal, como lo son el proceso de licitación pública, las potestades contractuales y la misma equivalencia económica, no estarían en capacidad de configurarse si se

desconocen los principios jurídicos que informan los contratos estatales. En este sentido, los principios de la reciprocidad de las prestaciones o de la justicia conmutativa y de la buena fe o mutua confianza, constituyen ingredientes normativos de imputación que, lícitamente, contribuyen a trasladar a la Administración Pública aquellos riesgos que en forma anormal o extraordinaria suelen presentarse en el desarrollo del contrato estatal. Bajo esta nueva percepción del contrato, se supera en el derecho moderno aquél criterio civilista regido por los postulados de la autonomía de la voluntad y la inmutabilidad - que promovían la omnipotencia contractual de la administración -, incorporándose para su formación y ejecución los referidos postulados de la reciprocidad y la buena fe, con lo que se persigue garantizar los ideales de justicia conmutativa y mutua confianza, respectivamente incorporados en nuestra Constitución Política como un fin esencial (art. 2º) y como un valor fundante (art.83) del Estado Social de Derecho.

De esta manera, el régimen de contratación del Estado no se nutre únicamente de las orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular...

La Administración Pública, por su condición de tal se encuentra en una situación de supremacía en sus relaciones jurídicas con los particulares, situación que para el caso concreto, le permite y le impone, determinar las condiciones en las que habrán de cumplirse los pagos a los que se vea obligada como consecuencia de los contratos que celebre. Así, en los contratos estatales es la Administración la que establece la fecha para los pagos y para ese efecto debe tener en cuenta todas las limitaciones que se deriven de su régimen contable, presupuestal y administrativo. Vencido ese término, no existe ninguna razón para una diferencia de trato y si ella se establece por la ley, ésta resultará violatoria de los artículos 2º, 13, 58, 83 y 90 de la Constitución.

Las anteriores consideraciones serían suficientes para que la norma impugnada, en lo que corresponde a la expresión “transcurrido 90 días de la fecha establecida para el pago”, sea declarada inexecutable por ser contraria a los objetivos constitucionales señalados. Sin embargo, la Corte encuentra conveniente analizar también los cargos esgrimidos contra ella por violación del artículo 209 de la Constitución.

(...) Al respecto, encuentra la Corte que establecer un plazo de gracia de 90 días para que las entidades del Estado empiecen a reconocer intereses a favor del contratista, cuando éstas no pagan los precios a los que se han obligado en la fecha establecida para ello, resulta violatorio de los principios constitucionales que informan el desarrollo de la función administrativa; entre ellos, los de celeridad, economía y eficacia. “

Igualmente, es posible que en un contrato se encuentren pactadas cláusulas de corrección, como una previsión destinada a mantener el equilibrio económico de las partes, para precaver el enriquecimiento ilícito, y a contratar sobre el valor real de la moneda.

Todo lo anterior, como consecuencia en el incumplimiento de una de las partes, y en el deber de reparar lo ocasionado a la parte cumplida, en observancia del principio de simetría de los contratos bilaterales, consagrada en el artículo 1546 del C.C.

Por otra parte, la jurisprudencia arbitral, en apoyo de lo establecido por el Consejo de Estado, ha establecido que en caso de deberse intereses moratorios, no procede la figura de la indexación. Esto se debe, a que los primeros, contienen en si mismos la corrección monetaria.<sup>56</sup>

### **3.2.11 Mayor permanencia en obra**

La Jurisprudencia Arbitral ha definido la mayor permanencia en obra como un fenómeno que “responde al cambio del factor tiempo en la ejecución del contrato. Por hechos no imputables al contratista y en la inmensa mayoría por el desconocimiento oficial de obligaciones y deberes, especialmente surgidos

---

<sup>56</sup>Laudo entre FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO Vs. PRATCO S.A. 25 de febrero de 1999.

durante la fase preparatoria y de planeación, el objeto del contrato no se realiza en el tiempo estipulado sino en uno mayor<sup>57</sup>.

Es importante señalar que el concepto de la mayor permanencia en obra no se relaciona con los valores y costos de los materiales de obra y de los diseños, puesto que para estos existen teorías como las de revisión, actualización o reajuste de precios. “La mayor permanencia en obra tiene que ver con la incidencia del factor tiempo en los costos de la obra. El valor de oferta que establece el proponente tiene una relación directa con el tiempo estimado de ejecución. Si por causas no atribuibles al contratista, ese tiempo se ve aumentado, las consecuencias económicas deben ser asumidas por la entidad contratante<sup>58</sup>.”

Una vez ocurrido el fenómeno de la mayor permanencia en obra, el contratista tendrá el derecho a que la entidad pública contratante le reembolse los perjuicios que se le han ocasionado. La Jurisprudencia Arbitral ha determinado que esta compensación se hace “a través de la determinación del valor diario que para el contratista le cuesta administrar el contrato, según los valores y porcentajes asignados en la propuesta al ya mentado A, del AIU<sup>59</sup>. Ese valor es multiplicado por el número de días que corresponda a la aludida prolongación del tiempo o por el que estuvo paralizado el contrato, según el caso. Por lo mismo, no hace falta

---

<sup>57</sup> DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Citado en el laudo entre UNIVERSAL S.A. VS. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA VIAL Y VALORIZACIÓN. 31 de agosto de 2001.

<sup>58</sup> Laudo entre SEPÚLVEDA LOZANO Cía Ltda.. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU. 5 de mayo de 1997.

<sup>59</sup> En el Laudo entre el CONSORCIO CONSTRUCTORA ANDRADE Y GUTIÉRREZ Y OTRO Vs. FERROVIAS se ha dicho que en el AIU se “representa los gastos de administración (oficinas, servicios, director de obra, etc.), los concernientes a los imprevistos ordinarios y habituales según el tipo de proyecto que se acometa y la utilidad que ese particular negocio le proporciona”.

inferir su valor con fundamento en otro tipo de pruebas. Baste para el efecto, se reafirma, acreditar el mayor plazo, que la prolongación no es por hechos imputables al contratista y el valor del concepto A dentro del AIU ofertado. Incluso existen pronunciamientos jurisprudenciales en donde el valor a compensar no se limita al A sino que cobija todo el AIU”<sup>60</sup>.

### **3.2.12 Poderes excepcionales**

Los poderes exorbitantes se derivan directamente de la ley y están radicados en cabeza de la administración con el objeto de satisfacer y hacer prevalecer el interés general frente al particular.

Así ha sido reiterado tanto por la jurisprudencia del Consejo de Estado, como por la Arbitral cuando afirman que “El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: Si de una parte afirma la existencia a favor de la administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del co-contratante al respeto del equilibrio financiero considerado en el contrato. Es este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato.

El poder de introducir modificaciones no supone el sacrificio del particular contratante, como tampoco beneficiarlo indebidamente. De ahí que si la alteración

---

<sup>60</sup> Laudo entre el CONSORCIO CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ OTROS Vs. FERROVIAS. 7 de marzo de 2002.

del contrato le impone mayores gastos, la administración debe indemnizarlo reajustando el precio estipulado. Por las mismas razones, si se reduce la prestación convenida y ello implica una economía, hay que hacer el reajuste pertinente”.<sup>61</sup>

### **3.2.13 Cláusulas exorbitantes**

La Ley 80 de 1993, en sus artículos 15, 16,17,18 y 19, menciona cinco facultades o prerrogativas en cabeza de la entidad contratante de las que se encuentra revestida, que le permitirán la consecución de los fines estatales en la celebración de contratos. Siendo viable su coexistencia en un mismo contrato, por no ser incompatibles. Estas son: la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral, la caducidad y la reversión.

“...las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho común por parte de la doctrina y la jurisprudencia ponen de manifiesto el reconocimiento de poderes excepcionales a la administración que le permiten extinguir el vínculo contractual para asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato.”<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Laudo entre RECCHI S.P.A. COSTRUZIONI GENERALI-GRANDI LAVORI FINCOSIT S.P.A. – INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS.8 de junio de 2001

<sup>62</sup> UNION TEMPORAL (DISTRITAL S.A. – CMD S.A. – CONSORCIO TITO MARCELO PAVICOSN LTDA y PRIMON LTDA) Vs. ECOPETROL, 20 de junio de 2001.

Al respecto, la Jurisprudencia Arbitral en el marco investigativo que nos ocupa, sólo ha hecho mención a la “Caducidad”, como uno de ellos, manteniendo una línea homogénea.

### **3.2.13.1 Concepto de caducidad**

De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, “la caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.”

Luego, por caducidad debe entenderse, la potestad que tiene la entidad estatal para dar por terminado el contrato de manera anticipada, como consecuencia del incumplimiento del contratista, es decir, cuando el contratista incurre en alguna de las causales previstas en el contrato o en la ley.

No obstante se presenten los presupuestos necesarios para su declaración establecidos por la ley, la caducidad no es de obligatoria aplicación para la entidad. Lo anterior se debe a que en algunos casos su aplicación resulta altamente perjudicial para el interés público, evento en el cual será más

conveniente la continuidad con el mismo contratista sin olvidar la adopción de las medidas necesarias para corregir los errores.

Entender entonces la figura de la caducidad como una sanción para el contratista es desnaturalizarla. Una conclusión así deja de lado las verdaderas causas que inspiran la potestad.

### **3.2.13.2 Naturaleza jurídica de la caducidad**

La naturaleza jurídica de la caducidad, es la de ser un poder en cabeza de la administración, que la ubica en situación de ventaja frente al particular. Fundamento de lo anterior es el interés público que guía la contratación pública. Al respecto, la Corte Constitucional y la Jurisprudencia Arbitral han señalado lo siguiente:

“La institución de la caducidad , constituye el instrumento idóneo para que la administración, sin la intervención del juez, declare la extinción del vínculo contractual, cuando a su juicio, el contratista, incurso en alguna de las situaciones o conductas descritas, no esté en condiciones de cumplir con los fines públicos que se persiguen con la realización del objeto del contrato”.<sup>63</sup>

La decisión adoptada en este sentido por parte de la administración, debe ser adecuadamente motivada, esto es, que se expresen claramente las razones que

---

<sup>63</sup> *Ibídem.*

condujeron a su declaratoria, inspirado siempre en la utilidad pública, como fundamento de la misma.

Se constituye entonces, en una excepción al principio de que el contrato es ley para las partes, precisamente por los fines que persigue la contratación estatal, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones entre los particulares.

Por último, es importante resaltar que el particular está plenamente facultado para atacar el acto cuando considera que no se dieron tales supuestos de hecho. Para ello debe desvirtuar la presunción de legalidad que tiene todo acto emitido por parte de la administración.

Sin embargo es de advertir, que tal declaración en ningún momento constituye una obligación en cabeza de la entidad estatal, pues es de la entidad, determinar los perjuicios que eventualmente podría traer tal declaración, pues su declaración podría resultar inconveniente al interés general, siendo en algunas ocasiones más favorable adoptar las medidas necesarias para la corrección de la actividad del contratista, que la terminación del contrato.

### **3.3 MULTAS**

La multa la podemos entender como la facultad que tiene el Estado cuando contrata con un particular, de castigar su incumplimiento parcial, durante la

ejecución del contrato. Es un medio con que cuenta la administración para asegurar el mejor y más eficiente cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista.<sup>64</sup>

A partir de la Ley 80 de 1993, la multa ya no es considerada como una cláusula exorbitante, al respecto, aclara esta posición la decisión adoptada por la Justicia Arbitral:<sup>65</sup> “A diferencia del Decreto 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 no contiene ninguna disposición que, de manera específica, contemple la posibilidad de que las entidades estatales, como una manifestación mas de las denominadas cláusulas excepcionales (anteriormente conocidas como potestades exorbitantes de la administración), pueden imponer multas a los contratistas para compelerlos a cumplir, en la forma y tiempo debidos, las obligaciones que asumen.”

Lo que evidencia la imposibilidad para la entidad pública contratante de imponer esta sanción, cuando no se encuentre pactada por las partes, al momento de contratar; ello no implica que sea obligatoria para la entidad su imposición.<sup>66</sup> Sin embargo ésta posición de la Justicia Arbitral no se ve tan claramente definida en la doctrina nacional, pues ha ocasionado diversas posiciones respecto a éste tema, pues para algunos la posibilidad que “tiene” la administración de manera unilateral de imponer una multa obedece al cumplimiento de los fines estatales, y como consecuencia de ello, es deber de la administración el exigir del contratista y

---

<sup>64</sup> DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Editorial LEGIS. 2001.

<sup>65</sup> INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU y la SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S. A. De C. V- ICA. 30 de noviembre de 2000.

<sup>66</sup> DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ Vs. CONSORCIO COLOMBIANO ARGENTINO CON.COL.AR. 20 de mayo de 2000.

de su garante la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, todo ello en virtud de su potestad de dirección, vigilancia y control en la ejecución del contrato, inherente a su facultad sancionatoria. Dicha posición ha sido avalada por Sentencia del Consejo de Estado del 4 de junio de 1998, en la que aplicando el efecto de principio de ejecutoriedad y ejecutividad de los actos administrativos (del artículo 64 del Código Contencioso Administrativo) esgrima esta posibilidad en cabeza de la administración.

Y continua la Justicia Arbitral diciendo que, lo cual no constituye un impedimento para que en virtud del postulado de la autonomía de la voluntad, el contratista y la entidad estatal puedan pactar su inclusión en el contrato, por considerarlo conveniente para el desarrollo del mismo.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 40 establece claramente esta posibilidad al considerar: "...Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.. y continua diciendo: ...En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones, y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración."

Al respecto un sector de la doctrina nacional ha mencionado: “ El silencio del tema de la multa en la Ley 80 de 1993 no obedecía a un olvido desafortunado e involuntario sino que es la expresión del querer del órgano legislativo de extraer de la órbita administrativa juicios de valor propios de los jueces, salvo para casos como el de la caducidad, resultaba imprescindible mantener por los perjuicios que produce.

Es que en realidad no se afecta el interés público por ausencia del poder excepcional de imposición unilateral de multas. Ni se pierde el propósito sancionatorio de apremio que persigue ...”<sup>67</sup>

Debemos entender que esta figura es diferente de la llamada “Cláusula Penal”, consagrada en el artículo 1592 del Código Civil, que la define como: “ aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”, luego la función de la cláusula penal no solo es la de estimar anticipadamente los perjuicios que pueda ocasionarle a una parte el incumplimiento de la otra, sino además la de servir de instrumento del acreedor para apremiar el cumplimiento de su deudor, y como garantía del cumplimiento de la obligación principal.<sup>68</sup>

Igualmente la Ley 80 de 1993, no consagro esta figura por considerarla competencia del juez el elaborar el respectivo juicio de valor respecto a los

---

<sup>67</sup> DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Editorial LEGIS. 2001

incumplimientos del contratista, pues al igual que la multa son figuras que no afectan el interés público, luego deja de ser competencia de la entidad estatal cobrar la indemnización que abarca la cláusula penal, sin haber sido decretada en un pronunciamiento judicial. Igualmente se hace necesario para el contratista, demostrar el incumplimiento de las obligaciones de la entidad, para cobrar los perjuicios pactados en la cláusula., al igual que lo haría en una acción contractual.

### **3.4 LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO**

Este tema es de gran ocurrencia e importancia dentro la materia de contratación estatal. Ha tenido un extenso desarrollo por parte de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en la que se han apoyado los Tribunales de Arbitramento para mantener una línea uniforme sobre el mismo. A continuación se hará una exposición esquemática de los aspectos más importantes que los Laudos han tomado del desarrollo conceptual elaborado por el Consejo de Estado. Sumado a los temas sobre los cuales, ésta alta Corte ha reiterado su posición en la última década.

#### **3.4.1 Concepto**

---

<sup>68</sup> OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. 5ª Edición. Bogotá. Editorial Temis.

Sea lo primero advertir, que dentro de ésta materia se deben diferenciar dos conceptos de gran ocurrencia en el tema de contratación estatal. Estos son el acta de liquidación, por una parte y el de la liquidación del contrato, por la otra. El acta de liquidación, es el documento en el cual se debe plasmar de modo claro la liquidación final del contrato. Por el contrario, la liquidación del contrato se refiere al trámite por el cual las partes contratantes deben terminar la relación jurídica, espacio propicio para que éstas, en caso de tener reclamaciones o salvedades, las manifiesten antes de que se finiquite la relación contractual.

### **3.4.2 Desarrollo legislativo**

La figura de la liquidación del contrato, se consagró por primera vez en el artículo 192 del Decreto 150 de 1976. Su regulación era la de un acto bilateral, en el cual, contratista y administración, concurrían a finiquitar el contrato.

Posteriormente, con la expedición del Decreto Ley 222 de 1983, se consagró la posibilidad en cabeza de la administración, de realizar la liquidación unilateral del contrato. Lo anterior, para no dejar a merced de la voluntad del contratista el querer o no suscribir el acta de liquidación.

Esta posición ha sido reiterada por la Ley 80 de 1993, en sus artículos 60 y 61. Este último establece que: “Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa

y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición”.

### **3.4.3 Clases de actas de liquidación**

#### **3.4.3.1 Unilateral**

Este tipo de liquidación se presenta en los casos en los que el particular no se presta para llegar a un acuerdo con la administración. Posee la naturaleza de acto administrativo particular, el cual debe ser motivado por parte de la entidad contratante. Cabe anotar que contra éste procede el recurso de reposición y sus efectos son oponibles al contratista desde el momento mismo de la firmeza del acto.

Sin embargo, dentro del laudo proferido entre el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Santa fe de Bogotá D.C. Vs Sociedad Francesa de Exportación de Materiales, Sistemas y Servicios del Ministerio del Interior SOFREMI, en cita tomada de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se considera que contra el acta de liquidación unilateral procede la vía gubernativa. Afirmación que contraria el artículo 77 de la ley 80 de 1993 cuando establece que “Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual solo serán susceptibles del recurso de reposición”

#### **3.4.3.2 Bilateral**

En ésta modalidad son las dos partes las que realizan el acta. Es por ello que su naturaleza es la de un negocio jurídico y no la de un acto administrativo. Es una típica manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, dentro de la cual, como ha dicho el Consejo de Estado, acuerdan cuánto se deben y a quien.

Es importante resaltar que solamente puede ser impugnada si alguna de las partes alega y demuestra que existió vicio en el consentimiento, por dolo, error o fuerza, al momento de suscribirse. No caben reclamaciones posteriores, relacionadas con aspectos contractuales, de los cuáles no se hizo ninguna salvedad, en la oportunidad pertinente, posición ésta, que se encuentra respaldada por la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

#### **3.4.4 Efectos del acta de liquidación**

Un efecto importante, es el de quedar expresado por las partes que el contrato ha sido terminado y que se ha dado cabal cumplimiento de las obligaciones que se encontraban estipuladas. Lo que fundamenta que no puedan alegarse posteriormente por las partes los mismos hechos que dieron origen a ello.

Por otra parte, si en el acta se han estipulado saldos a favor de cualquiera de las partes, se constituye ésta como fuente generadora de nuevas obligaciones. Con el beneficio de ser un título ejecutivo, apto para cobrar las acreencias dentro de él contenidas. Así lo ha afirmado el Consejo de Estado “El acta de liquidación del

contrato, suscrita sin observaciones, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corporación, tiene el mérito de finiquitar el contrato pues en ella se recoge un verdadero negocio jurídico que permite definir quién debe a quién y cuánto. Si de ella resultare un saldo a cargo de una de las partes, que no es pagado ora por la administración, ora por el contratista, la ley abre la vía del proceso ejecutivo al acreedor”<sup>69</sup>.

En cuanto a la naturaleza de las obligaciones contenidas en el acta, la Jurisprudencia Arbitral ha dicho que: “Ahora bien, tal como lo establece la ley, en el acto de liquidación deberán constar las obligaciones y derechos a cargo y a favor de las partes resultantes de la ejecución del contrato. De las que se hubieren producido con anterioridad a la liquidación del contrato y que las partes hagan constar en la misma –como es su deber contractual- el documento o acuerdo de liquidación que las admita tendrá respecto de ellas carácter meramente declarativo y no constitutivo; y, a contrario sensu, de aquellas que surjan con ocasión de la liquidación, el acuerdo respectivo tendrá carácter constitutivo”<sup>70</sup>

### **3.4.5 Cumplimiento de la liquidación del contrato**

La jurisprudencia ha establecido claramente, que la elaboración del acta de liquidación, no es propiamente una obligación contractual. Esta ha sido

---

<sup>69</sup> Laudo entre FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ D.C. Vs SOCIEDAD FRANCESA DE EXPORTACIÓN DE MATERIALES Y SERVICIOS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR SOFREMI.26 de octubre de 2001.

<sup>70</sup> Laudo entre DRAGADOS HIDRÁULICOS LTDA. – LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE .28 de Febrero de 2001.

considerada como un deber legal de las partes, que se adquiere, por el solo de hecho de contratar. En caso de que las partes no concurran a ello, se estará frente a un incumplimiento de una carga que ha sido establecida en defensa del interés general, por encontrarse comprometido el patrimonio del Estado.

La Jurisprudencia Arbitral ha dicho al respecto que: “La obligación de liquidar el contrato, que es de origen legal, tiene por objeto que una vez terminado el contrato las partes definan los saldos que a favor o en contra de cada una de ellas resulten”.

Sin embargo, la liquidación misma no es una obligación que constituya objeto del contrato, ni se entiende terminado legalmente solo con la liquidación”<sup>71</sup>.

Esta posición jurisprudencial contraria lo dispuesto en el artículo 60 de la ley 80 de 1993, puesto que la liquidación pone fin al contrato quedando saldadas las cuentas entre las partes. El que surjan obligaciones posteriores no implica una prolongación indefinida en el tiempo de la relación original.

### **3.5 PRINCIPALES CONTRATOS ESTATALES**

---

<sup>71</sup> Laudo entre INCOEQUIPOS S.A. y SALEH y Torres Ltda COINCO Ltda. 6 de junio de 2001.

### **3.5.1 Obra pública**

#### **3.5.1.1 Concepto**

El contrato de obra pública es aquel en el que “se puede pactar la realización de prácticamente todo tipo de obra material sobre bienes inmuebles cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago, y que, además, no será aplicable la exigencia de diseños cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes”<sup>72</sup>. En otro laudo se intentó definir como el contrato “cuyo objeto consiste en el diseño, suministros, montaje y puesta en operación, de unas obras destinadas a la prestación de un servicio público”<sup>73</sup>

Es importante destacar que por la diversa gama de obras que se pueden contratar y realizar por la administración, las entidades cuentan con la facultad de diseñar fórmulas de contratación novedosas, que se ajusten a las necesidades de cada momento.

#### **3.5.1.2 El precio**

---

<sup>72</sup> Laudo entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S. A. De C. V – ICA. 30 de noviembre de 2000.

<sup>73</sup> Laudo entre la UNIÓN TEMPORAL (DISTRAL S. A. – CMD S. A. – CONSORCIO TITO MARCELO PAVICON LTDA y PRIMON Ltda.) Vs. ECOPETROL. 20 de junio de 2001.

Dentro de la Jurisprudencia Arbitral ha sido considerado el pacto del precio en el contrato de obra pública como un elemento esencial del mismo, sin el cual se tendrá que el contrato se transforma en un tipo diferente en caso de no contener dicha estipulación. Fundamento de lo anterior es el laudo proferido el 10 de marzo de 1999, entre Mallas, Equipos y Construcciones Ltda. MAECO Vs. Fondo Nacional del Ahorro, que establece “El precio en el contrato estatal de obra es un elemento de la esencia del contrato, sin el cual no hay lugar a la existencia de este tipo contractual de la administración”.

En concordancia con lo anterior se ha dicho, que la forma como se pacte el pago de ese precio es un elemento natural del contrato, es decir, que las partes gozan de libertad para determinar este punto de la manera que consideren más conveniente, y sólo en caso de que las partes omitan dicha estipulación, se aplicarán las reglas del artículo 1551 del C. C. La anterior disposición se refiere al plazo tácito, que es, según la norma, el indispensable para cumplir el pago, de acuerdo con la naturaleza de la prestación que se está pagando.

El precio, dentro del contrato de obra, tiene la característica de que determina en gran medida la responsabilidad que el contratista asume frente a la entidad contratante. Es por esto que el Decreto Ley 222 de 1983 definía varias modalidades de precios que se podían pactar en caso de celebrarse un contrato de ésta naturaleza. Con la expedición de la Ley 80 de 1993 desapareció la regulación de estas modalidades y se limitó a definir el contrato de obra en el artículo 32 ordinal 1. Es por esto que la jurisprudencia y doctrina han coincidido en

afirmar que todo lo relacionado con las modalidades de precio en el contrato de obra, que existía antes de la expedición de la Ley 80, tiene plena vigencia en nuestros días.

Las modalidades que el Decreto Ley 222 de 1983 contenía en relación con la forma de estipularse el precio eran: contrato de obra a precio global; contrato a precio unitario; contrato de administración delegada; y contrato por el sistema de concesión. Dentro de este acápite se analizará en detalle lo relacionado con el sistema de precios globales, el del contrato por el sistema de concesión y el del sistema de precios unitarios, por ser los que han sido desarrollados dentro de la competencia de la justicia arbitral.

#### **3.5.1.2.1 Sistema de precios globales**

El Contrato de obra a precios globales ha sido definido por la Jurisprudencia Arbitral como la “modalidad de remuneración, también denominada como “ajuste alzado”, y que los tratadistas franceses conocen como contrato “a forfait”, implica el pacto de un precio integral por la construcción de la totalidad de la obra. Dicha remuneración comprende, por tanto, todos los costos de materiales y trabajos para la ejecución de aquella y los honorarios del contratista”<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Laudo entre SEPULVEDA LOZANO CÍA. LTDA. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU. 5 de mayo de 1997.

De la anterior definición se desprende una consecuencia para el contratista que estipula su remuneración a precios globales. Dicha consecuencia consiste, en que dentro de ese precio deberán incluirse todos aquellos mayores costos de ejecución de la obra que se encuentren dentro del *álea normal* de riesgos del contratista. Con respecto a lo anterior la Jurisprudencia Arbitral ha establecido que “la afirmación según la cual en un contrato de obra pública a precio global, el riesgo es del contratista, no tiene carácter absoluto. Así como el contratista asume el *álea normal*, la entidad contratante se hace cargo del *álea anormal*. Esta distinción es importante tenerla en cuenta porque como se establecerá en este laudo, algunas de las pretensiones formuladas por el demandante se subsumen dentro de la órbita de responsabilidad que adquiere el contratista al convenir un contrato de obra pública bajo la modalidad de precio global, es decir, que estas hacen parte del riesgo propio del negocio que asumió y que, por tanto, no puede ser trasladado a la administración”<sup>75</sup>

También es importante resaltar que en caso de que se celebre un contrato de obra, a precios globales, y cambien las especificaciones con las cuales se contrató y se ofertó, esto tampoco corre dentro de la órbita de riesgos asumidos por el contratista, puesto que implicaría establecer una responsabilidad ilimitada en cabeza de éste. Lo anterior lo confirma la siguiente cita: “el Tribunal considera que el contrato de diseño y construcción de obra pactado a precio global no puede mantener esa modalidad de pago cuando los parámetros, con base en los cuales se ofertó, se diseño y se calculó el valor de la obra, son modificados antes y

---

<sup>75</sup> *Ibíd.*

durante la ejecución del mismo. Lo contrario conduciría a aceptar que el proponente contraiga una obligación de extensión ilimitada, sujeta a la voluntad de la entidad contratante y, por tanto, violatoria del artículo 24, ordinal 5; literal e) de la Ley 80 de 1.993”<sup>76</sup>

### **3.5.1.2.2 Sistema de precios por concesión**

La jurisprudencia arbitral ha definido el contrato de concesión “como el acto por el cual la administración acomete a una persona la construcción de una obra pública y la faculta temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen, como medio de financiar el costo de aquella”<sup>77</sup>. Dentro de las principales características de ésta modalidad de contrato, que en el fondo es una de las formas como se puede pactar el precio en un contrato de obra pública, están: que su construcción se da por cuenta y riesgo del contratista; el pago de la obra se da mediante tarifas, peajes, tasa, u otras similares, que constituyen el precio del contrato y son el elemento determinante del equilibrio financiero y; por último se ha llegado a considerar la concesión, gracias al aporte de la jurisprudencia francesa, como “un servicio público en la medida que, al culminar la obra, el concesionario adquiere el derecho de explotar el servicio público para lo cual ella fue construida”<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> *Ibíd*em

<sup>77</sup> Laudo entre WORLD PARKING S. A. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU. 25 de agosto de 2000.

### **3.5.1.2.3 Sistema de precios unitarios**

El sistema de precios unitarios, a diferencia del de precios globales, se caracteriza porque el oferente, después del análisis de los pliegos de condiciones, realiza suposiciones y combinaciones de precios para cada uno de los ítems que se le piden. Entonces se fija una tarifa fija para determinada cantidad de obra realizada, mientras que en el de precios globales, se fija una tarifa única y total, que cubre la totalidad de la obra de la licitación.

En relación con la responsabilidad del contratista, el derogado artículo 89 del Decreto 222 de 1983 establecía que en esta clase de contratos “el contratista es el único responsable por la vinculación de personal, la celebración de subcontratos y la adquisición de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos”<sup>79</sup>. En complemento de lo anterior, se debe tomar en cuenta que si el contratista no presupuesta los precios unitarios adecuados para cada ítem contractual, corre el riesgo de incurrir en pérdidas en caso de ser elegido para realizar la obra.

Es importante resaltar la responsabilidad que tiene la entidad licitante en la elaboración de los pliegos de condiciones, puesto que con base a estos es que el contratista realiza el respectivo cálculo para ofertar a precios unitarios. Sobre este

---

<sup>78</sup> Ibidem.

punto se ha dicho que “es responsabilidad de cualquier entidad estatal contratante minimizar los riesgos de la contratación, y que ello se logra principalmente mediante la elaboración de todos los estudios y diseños requeridos, y la expedición de pliegos de condiciones y la celebración de contratos que contengan normas claras y precisas. Sin embargo, considera que de lo anterior, no se desprende que a las entidades estatales les esté siempre vedado trasladar algunos riesgos importantes a su contratista, o que ella en todos los casos esté obligada a conocer o a comunicar al contratista todos y cada uno de los detalles técnicos de la obra”<sup>80</sup>.

### **3.5.2 Negocios fiduciarios**

#### **3.5.2.1 Concepto**

La ley 80 de 1993, en su artículo 32 numeral 5, ha consagrado una clara distinción entre el contrato de Fiducia Pública y el Encargo fiduciario, pero ha sido la jurisprudencia quien ha precisado su alcance y contenido.

##### **3.5.2.1.1 Fiducia pública**

---

<sup>79</sup> Tomado del Laudo Arbitral entre ARQUITECTOS, CONSTRUCTORES E INTERVENTORES LTDA. – ACEI LTDA – Vs. FONDO NACIONAL DEL AHORRO. 14 de mayo de 1999.

<sup>80</sup> Laudo entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S. A. De C. V – ICA. 30 de noviembre de 2000.

Respecto al concepto de Fiducia Pública, tanto la Jurisprudencia Arbitral como el Consejo de Estado y la Doctrina Nacional, coinciden en afirmar que ésta no comporta ninguno de los elementos propios de la Fiducia Mercantil, pues en ningún momento implica la transferencia del dominio, ni constituye tampoco patrimonio autónomo.

De lo anterior se desprende que, el contrato denominado por la Ley 80 de 1993 como Fiducia Pública deviene más bien en un Encargo Fiduciario, el cual se caracteriza por la no transferencia de dominio sobre los bienes objeto del mismo y la no constitución de patrimonio autónomo.<sup>81</sup>

#### **3.5.2.1.2 Encargo fiduciario**

Por Encargo Fiduciario debemos entender, aquel contrato que tiene como objeto “la realización de inversiones o la administración de bienes<sup>82</sup>, de la misma manera dispone que éste deberá regirse por las normas propias del contrato de Fiducia Mercantil y subsidiariamente y en cuanto no sean incompatibles las normas comerciales respecto al contrato de mandato.<sup>83</sup>

#### **3.5.2.1.3 Posición de la jurisprudencia arbitral**

---

<sup>81</sup> Laudo entre INURBE Vs. FIDUAGRARIA, 8 de junio de 1999

<sup>82</sup> Artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

<sup>83</sup> Laudo entre INURBE Vs. FIDUAGRARIA, 8 de junio de 1999

Lo anterior marca una tendencia homogénea en las decisiones tomadas por los Tribunales de Arbitramento en relación a que no se requiere la aplicación de regímenes distintos, pues no es clara la existencia de una diferencia esencial entre éstos. Por el contrario, como consecuencia de su naturaleza y objeto respecto a los contratos estatales, son amparados a una misma normatividad.<sup>84</sup>

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina nacional al manifestar que bajo las características actuales de la fiducia pública y su identidad material con la figura del encargo fiduciario, “no vale la pena haber establecido y creado un contrato nuevo denominado encargo fiduciario”. Al respecto Omar Franco Gutiérrez, señala lo siguiente: “En la fiducia pública no se permite que se le transfieran bienes o dineros públicos. Pero todavía se exagera más, ni siquiera se les permite que ellas escojan el contratista que va a realizar la obra, pues esta es función indelegable de la entidad fideicomitente. Entonces, ¿cuál es la función de la fiducia? Pues sencillamente, recibir unos dineros, ponerlos a producir unos rendimientos mientras llega el momento de proceder a cancelar los dineros al contratista.

No tiene realmente más función. Así como están reglamentadas las cosas, hace simplemente el papel de pagadora y hace producir rendimientos al capital, mientras cancela lo debido al contratista.”<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Laudo entre INURBE Vs. FIDUCOLOMBIA S.A. 1 de marzo de 2000

<sup>85</sup> Laudo entre INURBE Vs. FIDUCOLOMBIA S.A. 1 de marzo de 2000

### 3.5.2.2 Características

Respecto a los elementos que caracterizan el contrato de fiducia y encargo fiduciario, tenemos que:<sup>86</sup>

- Legalmente existe la prohibición de transferir la propiedad de los recursos y constituir un patrimonio autónomo sobre ellos.
- Realmente no existe una diferencia sustancial entre ambos contratos, por lo que les es aplicable una misma regulación.
- La norma aplicable será la contenida en el Código de Comercio para la fiducia mercantil, salvo cuatro salvedades: a) en la fiducia pública no hay transferencia de la propiedad de los bienes o recursos fideicometidos; b) no se constituye un patrimonio autónomo afecto a la finalidad de la fiducia, en manos de la sociedad fiduciaria; c) la adjudicación de los contratos derivados de ella corresponde a la entidad estatal fideicomitente y, d) la comisión de la sociedad fiduciaria no se puede cancelar con los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos estén presupuestados.
- La entidad estatal puede y debe en todo momento ejercer labores de dirección y control respecto al fideicomitente y en desarrollo del contrato.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> Laudo entre INURBE Vs. FODUCO S.A, del 2 de junio de 1999

- Será siempre la entidad estatal, en desarrollo del propio contrato, y siempre que sea necesario adjudicar el manejo de recursos, o la administración de bienes o el desarrollo de proyectos, la encargada de seleccionar al adjudicatario.

### **3.5.2.3 Forma en que deben celebrarse los contratos**

Siguiendo la regla general para la celebración de los contratos estatales, y especialmente al referirnos a los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario, será la propia entidad estatal la encargada de celebrarlos.

Sin olvidar la prohibición que existe sobre el pago de la remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso.

### **3.5.2.4 Naturaleza de las obligaciones a cargo del fiduciario**

Existe la posibilidad para el deudor (en este caso el fiduciario) de desvirtuar su responsabilidad y por tanto la imputabilidad de su incumplimiento, probando que obró de manera diligente y cuidadosa, observando circunstancias de tiempo, modo y lugar, y en ausencia de toda culpa.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Así, lo ha expresado la propia Ley 80 de 1993, en su artículo 32, numeral 5 inciso 3: “en ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública.”

<sup>88</sup> INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL- INURBE -Vs.- FIDUCOLOMBIA S.A., del 1 de marzo de 2000.

La doctrina francesa precisa bastante bien la diferencia anotada( Droit des Obligations – les mecanismes juridiques des relations economiques. Malinvaud, Philippe. París 1992, p. 277 y 278): “si el contratante no prometió un resultado sino solamente se obligó a poner los medios tendientes a obtenerlo, entonces la regla es la misma que en materia extracontractual: corresponde a la víctima probar que la inejecución se debió a una culpa del deudor. Si por el contrario, es el resultado mismo lo que se prometió, el hecho de que no haya sido obtenido basta para configurar la culpa del deudor, puesto que desde ese mismo instante quedará demostrado que faltó a su palabra.”<sup>89</sup>

Es así como, en desarrollo de su posición la Jurisprudencia Arbitral ha limitado la responsabilidad del Fiduciario a:

- El titular del contrato de fiducia publica deberá observar en su desarrollo una actividad especializada, realizada en forma habitual y a titulo oneroso.
- Debe contar con toda una organización para que pueda actuar de manera eficaz y así afrontar eventualmente riesgos que ocasionen daños a terceros.
- Debido a su experiencia y conocimientos, cuenta con una posición de “dominio profesional”, que le dan la calidad de idoneidad para desarrollar de la manera más diligente, la labor encomendada por la administración.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> Laudo entre INURBE y FIDUCOLOMBIA S.A. 1 de marzo de 2000.

<sup>90</sup> Laudo entre BENEFICIENCIA DE CUNDINAMARCA-BANCO CENTRAL HIPOTECARIO Vs. FIDUCIARIA CENTRAL S.A., 9 de agosto de 2000

Lo cual no implica de ninguna manera que, la administración pretenda encontrar al otro lado de la relación jurídica presente en este contrato, un hombre dechado de virtudes; simplemente pretende encontrarse con una contraparte que actúa con el cuidado usual presente en esta clase de contratos, así, las cosas, la ley no podrá exigir de éste un cuidado extraordinario, sólo aquella que observaría un “buen hombre de negocios”, lo que limita su responsabilidad a culpa leve.<sup>91</sup>

### **3.5.3 Concesión**

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define el contrato de concesión como los acuerdos: “que celebren las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio de uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación u funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente...”

Respecto a este tema, la jurisprudencia arbitral se ha circunscrito a mencionar la posibilidad que tienen las partes de este contrato de pactar la asunción de algunos riesgos no implícitos en esta clase de contratos o asignarlos a quien en principio

---

<sup>91</sup> Laudo entre BENEFICIENCIA DE CUNDINAMARCA-BANCO CENTRAL HIPOTECARIO Vs. FIDUCIARIA CENTRAL S.A., 9 de agosto de 2000

no tenían el deber de soportarlos, pero siempre limitando dichas estipulaciones a cláusulas abusivas o vejatorias que carezcan de ineficacia de pleno derecho.

También ha enumerado los principales riesgos que pueden originarse durante la etapa de construcción, como lo son: el de financiación del proyecto, principalmente el de la obra que haya de construirse; el de la terminación oportuna de la construcción; el llamado riesgo regulatorio que incluye la obtención de los permisos y licencias a que haya lugar; el de los sobrecostos inherentes a la construcción, comprendidos dentro de este concepto los riesgos de inflación y devaluación; el riesgo de falta de los inmuebles sobre los cuales haya de emprenderse la obra; el de la falta de insumos para la construcción; el de la responsabilidad del concesionario frente a terceros y finalmente, la fuerza mayor y el caso fortuito.<sup>92</sup>

#### **4 ASPECTOS PROCESALES**

Dentro del capítulo de los aspectos procesales, serán tratados el silencio administrativo y la cosa juzgada en la transacción. El silencio administrativo se presenta dentro de la contratación estatal, en el momento en que el particular contratista interponga un recurso en contra de esta por alguna actuación derivada

---

<sup>92</sup> Laudo entre WORLD PARKING S. A. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU. 25 de agosto de 2000.

del contrato y la entidad omite la respuesta frente al particular, opera el silencio administrativo.

La cosa juzgada por transacción, opera en contratación estatal, cuando las partes, de común acuerdo y haciendo concesiones recíprocas, resuelven una situación jurídica incierta entre ellas. Siendo entonces una manera de solucionar los conflictos que se presentan entre las partes durante la ejecución del contrato.

#### **4.1 SILENCIO ADMINISTRATIVO**

Respecto a este tema la jurisprudencia arbitral es uniforme al considerar que el silencio positivo administrativo es una sanción ocasionada por la omisión del Estado, respecto de la solicitud hecha por un particular, lo cual coincide con la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y de la Doctrina Nacional.

Esta figura nace de la necesidad de salvaguardar los derechos de los particulares frente a una conducta omisiva de la Administración Pública, la cual tiene a su cargo contestar los requerimientos del administrado dentro de un plazo determinado por la ley.

Existen, dentro de la ley dos clases de Silencio Administrativo:

#### **4.1.1 Silencio administrativo negativo**

Que implica, la negación de la petición realizada por el particular o la negatoria del recurso interpuesto contra un acto de la administración, que trae como consecuencia, la posibilidad del particular de recurrir el acto ficto ante la jurisdicción Contencioso Administrativa.

#### **4.1.2 Silencio administrativo positivo**

El cual es consagrado de manera taxativa y como de ocurrencia excepcional, ante la omisión de la Administración de resolver en un término determinado lo solicitado por el particular, lo que trae como consecuencia, la presunción legal de resolución favorable. En resumen, es una verdadera sanción a la Administración morosa.

La Jurisprudencia Arbitral, al referirse a éstos, aclara que no pueden entenderse como acto administrativo: “El silencio administrativo, negativo o positivo, no constituye acto alguno. Mediante él, constatada la situación omisiva, se produce ex lege el otorgamiento al interesado de una facultad de actuación que puede consistir en la posibilidad de acceder a las vías de recurso, especialmente el jurisdiccional, aunque no exista un acto administrativo previo; o, por el contrario, el disfrute directo de un derecho sometido a intervención policial cuyas facultades interventoras decaen. En el acrecimiento de la esfera de actuación que se produce

a través del silencio administrativo no hay intervención alguna de la administración. No hay acto administrativo de ningún tipo.”<sup>93</sup>

Tampoco quiere ello decir que implican un acto tácito de la Administración, al respecto ha dicho la Jurisprudencia Arbitral que: “...el silencio administrativo no es acto tácito pues lo tácito implica un comportamiento que revele, por vía indirecta, una voluntad distinta de la que se exterioriza de modo expreso. Además en el acto tácito hay un acto a través del cual se induce la voluntad, mientras que en la situación de silencio ante el derecho, lo que se da es una inactividad compleja en sí y por sí indiferente y equívoca.”<sup>94</sup>

Por último, se concluye que, esta omisión de la Administración no puede crear ni establecer una obligación clara, expresa y exigible, ya que no tiene la facultad de ser fuente de las mismas, además sólo reconoce derechos preexistentes del particular, siendo éstos su propia fuente.

## **4.2 COSA JUZGADA POR EFECTO DE LA TRANSACCIÓN**

El artículo 2469 C.C. define la transacción diciendo que es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

---

<sup>93</sup> Laudo entre SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT. Vs.- EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES-TELECOM-. 10 de agosto de 2000.

Para la Jurisprudencia Arbitral como para la jurisprudencia Nacional, tal definición resulta inexacta, pues, le da el carácter de contrato a la transacción, cuando por su naturaleza no genera obligaciones, sino se trata más bien de una serie de concesiones recíprocas entre las partes.

Así las cosas, tenemos que, en la transacción:

- Existe una relación jurídica incierta.
- Existe la voluntad de las partes de mudar una relación jurídica incierta.
- A través de concesiones recíprocas.

Teniendo en cuenta estos elementos se ha definido con mayor exactitud la transacción expresando que “Es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.”<sup>95</sup>

Cuando las partes dirimen un conflicto, ya sea acudiendo ante el aparato jurisdiccional del Estado o mediante acuerdos privados, y se le de el carácter de

---

<sup>94</sup> *Ibíd.*

<sup>95</sup> Laudo entre UNION TEMPORAL (DISTRAL S.A. – CMD S.A. – CONSORCIO TITO MARCELO PAVICON LTDA y PRIMON LTDA.) Vs. ECOPETROL. 20 de junio de 2001.

cosa juzgada, quiere ello decir, que las partes quedan impedidas para volver a discutir sobre los mismos asuntos ya resueltos.

Ahora bien, para que tal acuerdo privado o decisión judicial pueda hacer tránsito a cosa juzgada, debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Identidad del objeto: Supone que la situación que se está debatiendo recaiga sobre la misma materia que fue motivo de solución previa.
- Identidad de la causa: Supone que la causa petendi que se presenta al debate, fue resuelta anteriormente.
- Identidad jurídica de las partes: Es decir que quienes resolvieron sus diferencias son los mismos que hacen parte de la relación jurídica que pretende reabrir.

### **4.3 VICIOS DEL CONSENTIMIENTO**

El artículo 1502 del C.C. señala que para obligarse por un acto o declaración de voluntad es necesario:

- Ser legalmente capaz.

- Consentir en dicho acto y que el consentimiento no adolezca de vicio, y
- Que dicho acto o declaración tenga objeto y causa lícitos.

Los vicios que afectan el consentimiento, según el artículo 1508 C.C. son el error, la fuerza y el dolo, pero la fuerza constituye un vicio solamente cuando es capaz de producir *“una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición”* que la lleve a verse expuesta *“a un mal irreparable y grave”*.

Respecto a este punto podemos ver que la orientación de la Jurisprudencia Arbitral ha sido acorde con la jurisprudencia nacional y la doctrina.<sup>96</sup>

La jurisprudencia se ha encargado de fijar su alcance y modernizar su interpretación, al respecto se ha dicho: “La fuerza o violencia, en la órbita de los vicios de la voluntad, se suele definir como la injusta coacción física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a la celebración de un acto jurídico. Se ha dicho con razón, que esta definición no traduce el verdadero vicio sancionado por el derecho, sino la causa del mismo. En realidad, la violencia es un hecho externo distinto del temor o miedo que infunde en el ánimo de la víctima y que es el que la coloca ante el dilema de realizar el acto que se le propone o de sufrir el

---

<sup>96</sup> Ejemplo de ello es la decisión adoptada en el conflicto desarrollado entre la UNION TEMPORAL DISTRITAL S.A. – CMD S.A. – CONSORCIO TITO MARCELO PAVICOSN LTDA y PRIMON LTDA Vs. ECOPETROL. 20 de junio de 2001.

mal que ya se le inflige o con el que se le amenaza, coartándole así el grado de libertad requerido por la ley para el ejercicio de su voluntad jurídica.

Presupone dos requisitos para la invalidación del acto celebrado bajo el imperio de la fuerza: a) 1513 C.C. intensidad del acto violento y a la repercusión de éste en el ánimo de la víctima. b) injusticia de los hechos constitutivos de aquella, entendiéndose como tales los que no encuentran legitimación en el ordenamiento jurídico respectivo.”<sup>97</sup>

Con base en lo anterior tenemos, que los elementos constitutivos de la fuerza como vicio del consentimiento en la celebración de un contrato debe ser:

- Ilegítima, es decir, que el medio para obtener la manifestación de voluntad, debe ser contrario a derecho, de tal forma que pueda ser definido por el juzgador como excesivo, injusto e intolerable.
- Grave, es decir, debe tener la intensidad suficiente para producir una intimidación
- Actual e inminente, es decir, alterna al acto que se celebra.

---

<sup>97</sup> *Ibíd.*

- Determinante, es decir, debe limitar a tal punto la autonomía, que de otra manera la persona no hubiera celebrado el contrato.

## 5. CONCLUSIONES

### 5.1 ANÁLISIS DE LAS CRITICAS RECIENTEMENTE PLANTEADAS A LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO EN CONTRATACIÓN ESTATAL:

**En relación con los aspectos debatidos acerca de los Tribunales de Arbitramento, el Consejo de Estado se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, las cuales se pueden agrupar en los siguientes cuatro puntos:**

1. Materias respecto de las cuales se puede pronunciar un Tribunal de Arbitramento:

Dentro de este punto ha sido revisada la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993. Al respecto el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han dicho que un Tribunal de Arbitramento puede resolver de fondo en aquellos conflictos de orden pecuniario susceptibles de transacción, excluyendo aquellas provenientes de actos administrativos contractuales y sus consecuencias económicas.

A continuación se transcriben algunos apartes que apoyan lo anterior: “Así las cosas, debe dejarse establecido que la autonomía de las partes está limitada por el orden público y por la ley; el primero debe ser definido, en cada caso, por el juez

del conocimiento, pues es un concepto que se enriquece y varía en el tiempo según las circunstancias; por su parte, la segunda, esto es, la ley, ha reservado el conocimiento de los temas atinentes a la validez y efectos de los actos administrativos a los jueces naturales. El orden público, indica que las leyes imperativas, por oposición a las interpretativas o supletivas de la voluntad, no son susceptibles de derogarse por voluntad de los particulares; al tiempo que las normas de derecho constitucional, administrativo y procesal, si bien son de orden público, no lo contienen exclusivamente, si se tiene en cuenta que algunas normas de derecho privado también revisten tal naturaleza. (...)En tal orden de ideas, va de suyo que los árbitros juris no pueden emitir decisiones que impliquen el ejercicio de potestades o atribuciones propias de la administración pública, o que trasunten el ejercicio de funciones esenciales del Estado.(...) Fue, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público y el ejercicio del poder público. Empero, aún en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es éste un aspecto en que se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad, por

tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de la administración para revocar sus propios actos”<sup>98</sup>.

Luis Guillermo Dávila Vinueza considera al respecto que: “Esta postura jurisprudencial la encontramos francamente desafortunada, no sólo porque desatiende textos legales expresos sino porque en la práctica conduce a herir gravemente la institución de la justicia arbitral y de contera contribuye a la huida de la inversión extranjera. Los contratistas foráneos se resisten a invertir en un país en donde la solución de un conflicto puede durar entre 10 y 12 años y en donde se escamotea una herramienta ágil y dinámica de amplia utilización universal por discutibles posiciones.

“Decimos que esta postura no esta a tono con la Ley 80 de 1993 por cuanto el estatuto no limitó las materias ni conflictos que pueden ser abocados por la justicia arbitral. Por el contrario, siguiendo claros preceptos constitucionales que difiere a la ley la reglamentación sobre su funcionamiento, señaló que cualquier controversia que se genere de la ejecución, desarrollo, terminación y liquidación será susceptible de pronunciamiento arbitral, siendo que dentro de esa

---

<sup>98</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Radicación No.. 16394. Bogotá D. C., 23 de febrero de 2000.

categorización perfectamente encuentran cabida los surgidos por la aplicación de las potestades excepcionales”<sup>99</sup>.

El Consejo de Estado ha sustentado esa posición en la base de la no negociabilidad de la legalidad del orden jurídico. Al respecto Dávila Vinueza, en la obra antes citada ha dicho que: “un acto administrativo contractual se genera con fundamento en un contrato y en su ejecución integra mayoritariamente aspectos patrimoniales o relativos al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones. La desaparición de un acto tal no engendra el aniquilamiento de normas públicas o de preceptos imperativos sino la acomodación de una relación convencional”<sup>100</sup>.

Nos encontramos de acuerdo con la tesis expuesta por el doctor Luis Guillermo Dávila Vinueza, por considerar la tesis del Consejo de Estado proteccionista de los intereses de la nación, olvidando los principios generales de los contratos y las obligaciones que para las partes surgen al momento de entabrar las voluntades. Apoyar la tesis de los jueces administrativos, sería dar el carácter de orden público a los acuerdos que surgen de la voluntad de la entidad y del contratista al firmar el contrato y cuyos efectos competen únicamente a la esfera de las partes.

## 2. Causales de Anulación:

---

<sup>99</sup> DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Editorial LEGIS 2001. P.632 y 633.

<sup>100</sup> Op. Cit. P 634.

La discusión en este punto se centra en la consagración que trae el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 de 5 causales de anulación de los laudos arbitrales, mientras que el decreto 1818 de 1998 en su artículo 163 tiene 9 causales que son, las 5 de la ley 80 y otras cuatro relativas a la nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, a la no constitución del tribunal en legal forma, a la irregularidad en las notificaciones y a la expedición del laudo después de vencido el término.

El Consejo de Estado ha resuelto esta controversia, estableciendo que prima la Ley 80 de 1993 frente al decreto 1818 de 1998 por tratarse de un ordenamiento de carácter especial frente a la regulación general de los Tribunales de Arbitramento.

Al respecto dicha institución a dicho: “es necesario aclarar que cuando se trata de laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, el recurso de anulación, cuya decisión corresponde al Consejo de Estado, en única instancia, procede por las causales establecidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, compilado en el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998. En efecto, la citada disposición legal constituye una norma especial y posterior, respecto de la contenida en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, (artículo 163 del Decreto 1818 de 1998), que regula igualmente las causales de anulación de los laudos arbitrales y, por lo expresado, debe entenderse modificado por la Ley 80 de 1993, en lo que se refiere a laudos proferidos en relación con los conflictos antes mencionados”<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Alier E. Hernández Enriquez. . Bogotá D. C. 14 de junio de 2001

### 3. Nulidad de los contratos estatales:

En este punto, la doctrina se ha dividido en dos vertientes. Unos consideran que los Tribunales de Arbitramento son incompetentes para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos, tomando como base lo dicho por el Consejo de Estado para argumentar la falta de competencia de los tribunales respecto de materias no transigibles. La jurisprudencia ha dicho que “Como lo ha expresado esta Sala, para efectos de determinar la posibilidad de impugnación ante el juez contencioso administrativo, debe tenerse en cuenta aquella definición de acto administrativo según la cual éste se presenta cuando el Estado administrador produce una decisión con consecuencias jurídicas, vale decir, que implican cambios en el mundo de las regulaciones del derecho, bien para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, sean estas generales o particulares. No basta, entonces, que se produzca una simple manifestación, que se exprese una opinión o se formule un concepto por parte de la autoridad pública; el acto administrativo siempre contiene una decisión, cuyo fundamento se encuentra directamente en el ejercicio de las potestades propias del poder público, de las que carecen los particulares.

“Por ello, cuando, con ocasión de la celebración o ejecución de un contrato estatal, la autoridad pública contratante manifiesta su voluntad, adoptando alguna decisión que también podría tomar los particulares en desarrollo de sus facultades negociales, no se produce realmente un acto administrativo. En efecto, su

existencia, en el ámbito indicado, resulta excepcional, y supone, como se ha dicho, el ejercicio de una potestad propia del poder público. Es ésta, precisamente, la consideración que ha llevado a la corporación a concluir que las controversias relativas a la validez de los actos administrativos son de competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa, en la medida en que, como consecuencia del principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, no le es dable al Estado despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas, por lo tanto, no le es dable transigir sobre la legalidad de los actos expedidos en su ejercicio”<sup>102</sup>.

Otro sector de la doctrina, por el contrario, no encuentran ningún sustento legal ni constitucional en este punto. Consideran que la Constitución da vía libre a los Tribunales de Arbitramento en los términos que la ley disponga, lo cual fue consagrado en la Ley 446 en su artículo 116 cuando admite que podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato. Nos encontramos de acuerdo con esta posición, por las mismas razones expuestas en el punto número uno de éste acápite.

#### 4. Cláusula Compromisoria:

---

<sup>102</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Alier e. Hernández Enriquez. Bogotá D. C. 11 de abril de 2002. Similar posición se encuentra en la sentencia de Radicación No. 21328 del 4 de abril de 2002.

Para el Consejo de Estado, cuando la Cláusula Compromisoria o el Compromiso poseen objeto ilícito, este lo puede declarar oficiosamente como nulo. “Tratándose del trámite del recurso de anulación de laudo arbitral, debe precisarse que la facultad indicada está referida, exclusivamente, a la declaración de nulidad absoluta de la cláusula arbitral o de el compromiso pactados por las partes con el fin de habilitar a los árbitros – de manera excepcional y transitoria – para administrar justicia. Una conclusión diferente, en el sentido de que dicha facultad estuviera referida a la declaración de nulidad de cualquier otro contrato celebrado entre las partes, implicaría invadir las competencias del respectivo Tribunal de Arbitramento y desconocer la naturaleza misma del recurso de anulación, cuyo objeto es la corrección de errores in procedendo, y no in iudicando, lo que se deduce claramente del contenido mismo de las causales legales”<sup>103</sup>

Es importante resaltar que el recurso de anulación en ningún momento se constituye como una segunda instancia en relación al fallo proferido por el Tribunal de Arbitramento.

El máximo Tribunal Administrativo ha dicho al respecto que: “El fallo que expiden los árbitros, esto es, el laudo arbitral, es susceptible solo del recurso de anulación (art. 37 decreto ley 2279 de 1989; art. 72 Ley 80 de 1993), que no constituye una segunda instancia con las mismas características de aquella a la que da lugar el recurso de apelación para las sentencias de primera instancia. Por ello, la decisión

---

<sup>103</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá D. C. 20 de junio de 2002.

que adopte el juez del recurso no puede reemplazar o sustituir la que pronuncio el Tribunal de Arbitramento, como acontece con el recurso de apelación. Dicho de otro modo, el juez del recurso de anulación no es el superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo y por regla general no puede revisar el fondo del litigio, tal como lo ha sostenido la Sala en varias de sus providencias. Adicionalmente, también ha reiterado que el recurso de anulación de un laudo ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento y no por errores in iudicando, lo cual significa, en principio, que no puede impugnarse el laudo en sus aspectos de mérito o de fondo”<sup>104</sup>.

No obstante lo anterior la Corte Constitucional, en sentencia T – 570 de 1994 ha dicho: “si puede afirmarse que con el recurso de anulación se satisface la garantía consagrada en el artículo 31 de la Constitución, pues, materialmente, se cumplen las finalidades que la doble instancia está llamada a alcanzar”. Posición de la cual discrepamos, por acoger la tesis del Consejo de Estado, donde se considera el de anulación un recurso sustancialmente distinto del de apelación en segunda instancia.

---

<sup>104</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá D. C. 20 de junio de 2002.

## **5.2 POSICIÓN CRÍTICA RESPECTO DE LA LEGITIMIDAD DE LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMIENTO:**

Mucho se ha dicho acerca de los tribunales de Arbitramento en los cuales se ven comprometidos intereses económicos del Estado colombiano. Las críticas se han centrado en considerar que dichos estamentos no son legítimos porque en la opinión de algunos los árbitros siempre se han encargado de favorecer los intereses de las grandes multinacionales privadas, lesionando las arcas públicas.

Fallos recientes como el del caso Termorrio, han puesto de manifiesto la polémica existente. Los detractores consideran que en ese fallo lo único que se protegieron fueron los intereses de las empresas norteamericanas. Por el contrario, aquellos que defienden la legitimidad de los tribunales, esbozan argumentos jurídicos, para explicar que el Estado contrata mal y que cuando se incumple se debe indemnizar.

Recientemente, en un artículo publicado por la revista cambio, se defiende la institución por medio de los siguientes argumentos: “Los recientes fallos que condenan al Estado a pagar cuantiosas sumas de dinero a empresas multinacionales han llevado a buena parte de la opinión pública a pensar erradamente que el arbitraje es una herramienta que favorece los intereses del sector privado. Estoy convencido de que este equívoco obedece a que los colombianos nos hemos convertido en simples espectadores de una campaña de desprestigio en contra uno de los instrumentos jurídicos más importantes del mundo moderno. Y en particular para Colombia, dadas las circunstancias actuales,

porque una parte sustancial de la inversión social y del desarrollo depende de la inversión extranjera”.

Continúa el mismo columnista explicando que: “Desconozco si detrás de esta estrategia de desinformación se esconden intereses particulares o se trata de simple ignorancia por parte de los responsables de formar a la opinión pública. Lo importante es que los colombianos entiendan que los Tribunales de Arbitramento son un mecanismo de solución de conflictos alternativo a la justicia ordinaria, que ofrece múltiples ventajas como la agilidad, lo que permite descongestionar los despachos judiciales, y la calidad de los fallos, porque son emitidos por árbitros altamente calificados tanto en lo jurídico como en el tema que se va a resolver. Tan importante es el Arbitramento que ningún acuerdo comercial internacional se concluye sin que se incluya en él una cláusula que faculte al arbitraje para resolver disputas entre las partes contractuales. Es decir, el Arbitramento es la regla, no la excepción, en la práctica comercial internacional”<sup>105</sup>.

Estamos de acuerdo con la posición anteriormente citada, consideramos que la discusión en nuestro medio se ha centrado en si el Estado ganó o perdió, y no en si el Estado tenía o no la razón. Es por esto que ha futuro se debe mirar al Estado como una parte más del contrato, la cual esta en igualdad de condiciones frente al particular, y contra la cual es posible exigir el pago de una indemnización en caso de que contrate mal o de que incumpla lo contratado.

### 5.3 CONCLUSIONES GENERALES:

El soporte teórico de los laudos arbitrales estudiados, se encuentra principalmente en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y en la doctrina nacional e internacional que en derecho administrativo y contratación estatal existe. Lo cuál refleja que las tesis adoptadas en sus fallos no son propiamente nuevas, ni apartadas de lo que se ha dicho, por el contrario, mantienen una línea uniforme con lo establecido por la justicia ordinaria.

Dentro del análisis fueron encontradas dos posiciones opuestas en las tesis jurídicas desarrolladas, un número que es considerablemente bajo en comparación al volumen de los textos analizados. Lo anterior es una prueba más de la uniformidad que estos laudos guardan, no sólo con lo que han dictado la jurisprudencia y la doctrina de tiempo atrás, sino con lo establecido en los laudos proferidos por los distintos tribunales.

Es importante resaltar el valor que tiene la justicia arbitral en relación con la agilidad y economía procesal, puesto que en comparación al tiempo de duración de un proceso llevado ante la justicia estatal, el Arbitramento es una forma expedita de solucionar los conflictos que surgen entre los particulares y el Estado al momento de contratar. Esta característica proporciona una gran ventaja que consiste en que no se acrecientan las cargas económicas para las partes por cuenta de la ineficacia de lo que ha sido la justicia tradicional.

---

<sup>105</sup> RIVEROS, Hector. “Salvar el Arbitramento”. [www.cambio.com.co](http://www.cambio.com.co)

Para terminar, debe resaltarse el extenso desarrollo que tienen los laudos en relación con el tema del equilibrio económico del contrato. Esto se debe a que dentro de la ecuación financiera se encuentran comprometidos los intereses económicos de las partes, y además, porque es uno de los puntos de mayor aplicación práctica de la materia, con gran susceptibilidad para originar discrepancias al momento de llevar a la realidad las cláusulas pactadas.

## **SEGUNDA PARTE: RECOPIACION DE EXTRACTOS DE LAUDOS ARBITRALES**

### **1. PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

#### **PRINCIPIO / De colaboración.**

*TERMORRIO Vs ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO. 21 de diciembre de 2000.*

“...con el llamado “deber de colaboración”, pauta de conducta que es, ciertamente, una “carga”, que se atiende con el cumplimiento de los actos necesarios, cuya omisión, según las circunstancias, puede implicar simplemente que el interesado no puede imputarle a la otra parte las consecuencias adversas de aquella y, por tanto, reclamarle incumplimientos sólo a él achacables, o inclusive constituir incumplimiento del deber de buena fe, fuente de responsabilidad, al impedir la ejecución de las prestaciones y la obtención de la finalidad del contrato es decir, al determinar la frustración de éste en perjuicio de la otra parte.

A propósito de tales deber y carga, la S 5.3. de los “Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales” elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, “UNIDROIT” caracteriza el “deber de colaboración” como que “Una parte debe cooperar con la otra cuando dicha

cooperación puede ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última” y comenta el mismo texto así:

“Un contrato no debe ser visto simplemente como el punto de encuentro de intereses contrapuestos sino en cierta medida como un proyecto común en el que cada parte debe cooperar. Este enfoque se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la buena fe y lealtad negocial (Art. 1.7) que inspira el derecho contractual, así como con la obligación de atenuar el daño en el supuesto de incumplimiento (Art. 7.4.8).

La obligación de cooperación entre las partes, por supuesto, debe circunscribirse a ciertos límites (esta disposición hace referencia a una cooperación que pueda ser *‘razonablemente esperada’*), sin llegar a alterar la distribución de obligaciones de las partes para el cumplimiento del contrato. Aunque esta obligación se refiere principalmente al deber de no obstaculizar el cumplimiento de la otra parte, también juega como un llamado a una cooperación activa entre las partes”.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera en Sentencia de Marzo 9, 2000 (Expediente No 11447 – Aseguradora del Valle S.A., y Seguros Comerciales Bolívar S.A., Vs. Empresas Públicas de Pereira) manifestó lo que sigue sobre el deber y cargo en comento:

“... es necesario recordar que también en la contratación estatal deben observarse las cargas que incumben a las partes, entre ellas, la de sagacidad entendida como la razonable acuciosidad en la adopción de los compromisos y la fijación de la

retribución según las circunstancias de las prestaciones estipuladas; la carga de claridad en cuanto quien se obliga debe hacer conocer de la otra parte y conocer a su vez los detalles y circunstancias que integran lo pactado; la carga de información para dar y recibir todos los elementos que conduzcan a una mayor claridad y pureza del consentimiento negocial. Por ello no es viable atender ni a la conducta torpe, pues la regla de *nemo auditur* lo prescribe, ni a la conducta contraria que valiéndose de audacias procura obtener ventajas indebidas ya respecto del contratante, ya respecto de quienes, como ocurre en la contratación pública, concurren a título de proponentes”.

**PRINCIPIO / De Colaboración.**

*FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ D.C. Vs SOCIEDAD FRANCESA DE EXPORTACION DE MATERIALES SISTEMAS Y SERVICIOS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR SOFREMI. 26 de octubre de 2001.*

A propósito de la manera como han de comportarse las partes en la relación crediticia, y siendo evidente que sobre el deudor pesa la obligación, y que él está llamado a satisfacer el interés del acreedor, la doctrina, la jurisprudencia y aún la propia legislación, prestan cada vez mayor atención a los deberes que incumben al sujeto activo, en orden a facilitar y, en algunos casos, incluso a hacer posible el cumplimiento del deudor.

Deberes de corrección, lealtad y colaboración que gravan al acreedor, en distinta medida, según la índole de la prestación y las circunstancias, de modo que, al margen de si, como ocurren en los contratos de prestaciones correlativas, el cumplimiento de la obligación de una de las partes bien puede estar subordinado a la ejecución de la prestación de la otra parte. Es evidente que, como lo previene el artículo 1175 del Código Civil Italiano, de suyo y siempre, “El deudor y el acreedor deben comportarse según las reglas de la corrección”. Lo cual implica, ante todo, que el acreedor que no ha obrado con la diligencia, providencia, previsión a él correspondientes, según el caso, no puede reprocharle al deudor a quien no proveyó la información, el apoyo, la colaboración indispensables, desaciertos, imprecisiones, o falta de la plenitud deseable, o de la propia ejecución de la prestación, o de la verificación de la justeza de ésta, y por ende, está descalificado para pretender indemnización de perjuicios que, caso de haberlos recibido, sería por su propia causa.

Sobre cada parte, y desde antes, sobre cada participante en el proceso de formación del contrato, pesan cargas de claridad, precisión, información, colaboración, de modo que al omitir los actos necesarios correspondientes, él asume exclusivamente las consecuencias adversas de su inercia o de su incuria. Lo cual es más significativo y exigente en los contratos de colaboración y en las obligaciones que la presuponen e imponen, y puede llegar a implicar la propia extinción de la obligación por defecto de dicha colaboración del acreedor que impidió, obstaculizó o retardó el ejercicio por parte del deudor de su derecho a liberarse de la obligación por medio del cumplimiento exacto.

Este deber de colaboración deriva del principio de buena fe del artículo 871 del Código de Comercio, (“los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo a lo que corresponde a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”. ), de la naturaleza del contrato, de la Ley 80 de 1993 y constituye un principio general de derecho.

La Ley 80 de 1993 organiza un régimen de contratación pública en el cual el Estado y los contratistas son colaboradores, no contendientes, y menos enemigos. La colaboración entre contratista y entidad contratante es la norma de conformidad con la Ley 80 de 1993:

- a. Los servidores públicos y los particulares “... colaboran en la consecución de (los) fines... ” estatales (artículo 3º).
- b. los contratistas “colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto del contrato se cumpla...” (parágrafo 2 del artículo 5), y
- c. Los cuerpos consultivos del Gobierno “... prestarán la colaboración que en la actividad contractual requieran las entidades estatales” (artículo 67).

## **PRINCIPIOS / De colaboración.**

*INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S. A. De C. V- ICA. 30 de noviembre de 2000.*

Se trata, entonces, de determinar hasta dónde debe llegar el deber de colaboración que deben prestarse las partes de un contrato que, como el obra pública, genera obligaciones recíprocas, prestaciones correlativas y en donde deudor y acreedor deben comportarse con sujeción a las reglas de la más absoluta corrección, deber que se deriva de la naturaleza misma del contrato, de lo dispuesto por el artículo 871 del Código de Comercio y del estatuto general de contratación de las entidades públicas previsto por la Ley 80 de 1993, en el cual el Estado y los contratistas son colaboradores, que no partes contrapuestas, contendientes u opositoras, como fluye nítidamente de los términos de los artículos 3 y 5 de dicha Ley. Según la primera de esas normas, el principio de colaboración entre el contratista y la entidad contratante es la norma rectora de la actividad contractual, que persigue la consecución de los fines estatales. Conforme a la segunda, los contratistas “colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto del contrato se cumpla.”

De ahí que se halla admitido por la doctrina y la jurisprudencia, que a cargo del sujeto activo de la prestación existan deberes que tienden a facilitar y, a veces, a hacer posible el cumplimiento de lo que el deudor, se ha comprometido a hacer, uno de los cuales uno de los cuales y no el de menor importancia es el de colaboración. La jurisprudencia arbitral ha decidido que “el acreedor que no ha obrado con la diligencia, providencia, previsión a él correspondientes, (...) no

puede reprocharle al deudor a quien no proveyó la información, el apoyo, la colaboración indispensables, desaciertos, imprecisiones, o falta de la plenitud deseable, o de la propia ejecución de la prestación” y ha puntualizado que sobre cada participante en el proceso de formación del contrato “pesan cargas de claridad, precisión, información, colaboración, de modo que al omitir los actos necesarios correspondientes, él asume exclusivamente las consecuencias adversas de su inercia o de su incuria. Lo cual es más significativo y exigente en los contratos de colaboración y en las obligaciones que la presuponen e imponen, y puede llegar a implicar la propia extinción de la obligación por defecto de dicha colaboración del acreedor que impidió, obstaculizó o retardo el ejercicio por parte del deudor de su derecho a liberarse de la obligación por medio del cumplimiento exacto.” (Laudo arbitral del 26 de octubre de 2000, entre el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Santafé de Bogotá, D.C. Vs. Sociedad Francesa de Exportación de Materiales Sistemas y Servicios del ministerio del interior – SOFREMI, págs. 65 y 66).

A las anteriores consideraciones, que el Tribunal comparte en su integridad por hallarlas ajustadas a la ley y a las mas estrictas reglas de hermenéutica contractual, es preciso alegar que el deber de colaboración así concretado a de tener linderos. Tales límites son los que se desprenden del acatamiento de las regulaciones positivas que enmarcan la licitud de la actuación tanto de las entidades contratantes como de sus contratistas colaboradores, porque no es posible ni plausible llevar el deber de colaboración hasta el punto de que so

pretexto de cumplirlo, se incurra en excesos de poder, en usurpación de atribuciones o en cualquier otra modalidad de violación de la legalidad objetiva.

**PRINCIPIOS / De Economía.**

*CONSORCIO CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ Y OTROS Vs. FERROVIAS. 7 de marzo de 2002.*

Establece el citado numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993: “Art. 25. Del principio de economía. En virtud de este principio: (...) 12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.

La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes”

El objeto principal de la anterior disposición es que tanto la Administración como el Contratista, una vez se elaboren los diseños y estudios correspondientes, tengan absoluta certeza del contenido y extensión de las prestaciones a su cargo, de manera tal que técnica, económica y jurídicamente el objeto del contrato aparezca claramente identificado; desde luego que la certeza acerca del objeto contractual es necesario adquirirla antes de iniciar el proceso de selección, pues de esta forma podrá el oferente decidir si participa o no en dicho trámite licitatorio y, de paso, se evita que en el futuro la obra o concesión materia del negocio sufre tropiezos o, en el peor de los casos, parálisis por falta de estudios, planos, diseños

o proyectos inherentes a las prestaciones contenidas en el Contrato. Dicha previsión legal apunta, sin lugar a dudas, a darle claridad al proceso de selección y con ello permitir que los futuros contratantes conozcan a ciencia cierta el contenido y extensión de las prestaciones cuyo cumplimiento asumirán.

La existencia de licencia ambiental para adelantar una obra pública es de trascendental importancia, en la medida en que ofrece la seguridad que la ejecución de los trabajos no va a generar consecuencias nocivas para el medio ambiente, por lo cual el Tribunal considera que dentro de los estudios y proyectos que deben aparecer definidos con antelación a la apertura del proceso de selección, definitivamente se encuentran las licencias de carácter ambiental, pues ellas le permiten establecer tanto a la Entidad como al contratista que con el cumplimiento de las obligaciones y parámetros que imponen en dichas licencias, la obra o trabajo a ejecutar no sufrirá tropiezo alguno en cuanto al tema ambiental se refiere. Recuérdese la marcada importancia que nuestro ordenamiento le adscribe a la protección del medio ambiente y las consecuencias establecidas cuando las normas correspondientes no son acatadas, dentro de las cuales se encuentra precisamente la posibilidad que la obra sea suspendida.

Ello significa que uno de los elementos que garantizan el buen suceso de una obra es el cumplimiento de las obligaciones ambientales, lo cual se logra con la definición previa de todo lo atinente a las licencias ambientales; desde luego que la prudencia y la previsión indican que no es responsable pretender iniciar una obra que genera efectos ambientales, sin el cumplimiento y previa claridad de

todos los aspectos que rodean la protección y preservación del medio ambiente. Igualmente, es de elemental lógica que el contratista previamente a decidir si contrata con la administración la construcción de una obra que implique consecuencias en el medio ambiente, conozca si los requisitos ambientales necesarios para adelantar las labores se encuentran cumplidos, es decir, si las licencias ambientales ya han sido obtenidas, toda vez que, como ya se dijo, de ello dependerá de buena manera el buen suceso de la obra.

Lo dicho obliga a concluir que el numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 impone como obligación de las Entidades Estatales, el obtener todos los requisitos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones ambientales, es decir, contar con la respectiva licencia ambiental previamente a la apertura del proceso de selección, lo cual guarda armonía, entre otras, con las normas contenidas en el numeral 5 del artículo 24 y numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

No obstante lo anterior, una lectura completa del mencionado numeral 12 del artículo 25, permite concluir que la misma norma otorga la posibilidad de que el contratista, dentro del marco de la colaboración intersubjetiva que encarna todo negocio jurídico y bajo el sustento de la autonomía privada, asuma el cumplimiento de dichas obligaciones, valga decir, la Entidad puede trasladar válidamente al contratista, mediante estipulación a propósito, la obligación de obtener las licencias, permisos y autorizaciones ambientales. Ello se desprende con total claridad del inciso segundo de tal precepto, según el cual “La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o

fabricación con diseños de los proponentes”. Dicho de otra forma, la obtención de las Licencias Ambientales es un aspecto que puede ser objeto de estipulación negocial, todo dentro del ejercicio de la libertad y autonomía negocial que igualmente rige para los Contratos Estatales, establecida, entre otras normas, en los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993. Así las cosas, pueden las partes en un contrato incluir disposiciones acerca de la obtención de las Licencias y Permisos Ambientales.

Queda establecido entonces, que en virtud de la autorización otorgada por la Ley 80 de 1993, las partes en un Contrato Estatal pueden elaborar estipulaciones que permitan determinar cual de los sujetos negociales será el obligado a obtener los mencionados requisitos, pues para ello cuentan con el respaldo del ordenamiento, bajo el entendido, claro está, que el traslado de las prestaciones ambientales requiere de una estipulación clara, concisa y que no de lugar a dudas o inequívocos que terminen afectando la ejecución de la obra y de contera, la eficiente y adecuada prestación de los servicios públicos y el interés general. Quiere significar el Tribunal que dada la trascendencia e importancia que comporta el tema de las licencias ambientales, contractualmente debe dejarse establecido con claridad y precisión a quien corresponde la obtención de las respectivas licencias.

**PRINCIPIO/ De Transparencia.**

*INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S. A. DE C. V- ICA. 30 de noviembre de 2000.*

En virtud de lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, relativo al principio de transparencia que debe regir el proceso de selección del contratista, “en los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten”. Para ello, en los pliegos de condiciones de toda licitación deben preverse etapas que permitan no solo que los proponentes interesados conozcan tales informes, sino que otorguen la posibilidad de expresar observaciones, de modo que la ley brinda claras oportunidades a los proponentes que tengan dudas o que hayan llegado a conclusiones teóricas y subjetivas, para que las entidades públicas licitantes las conozcan, procedan a efectuar las aclaraciones pertinentes y disipen las incógnitas que puedan subsistir.

En efecto, en un proceso como el que precede a la celebración del contrato estatal, en que la oferta formulada por la entidad estatal contenida en el pliego de condiciones de la licitación, siguen las propuestas de los licitantes y donde se dan una serie de circunstancias especiales, tales como las audiencias destinadas a oír las preguntas de los oferentes y las respuestas de la entidad licitante, los eventuales “adendos” a los pliegos de condiciones, etc., pasos en donde es no solo posible sino necesario que los proponentes, eventuales contratistas de la administración, expongan con toda claridad y buena fe sus dudas o inquietudes, no resulta admisible la existencia de aspectos que los proponentes conservan “in pectore”, porque la lealtad debida y la buena fe que debe presidir el proceso en la

integridad de su desenvolvimiento, imponen que todos a una, administración y proponentes, coloquen la totalidad de sus cartas sobre la mesa, sin perjuicio, como es claro, de que la administración pueda reservarse el derecho a confeccionar pliegos de condiciones de los cuales resulte el traslado de ciertos riesgos al eventual contratista, a condición de que lo exprese con absoluta claridad.

**PRINCIPIOS / De transparencia, economía, colaboración y responsabilidad.**

*COOPERADORES I.P.S. S.A. Vs. FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. 10 de abril de 2000.*

Son el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines.

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

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines.

### **PRINCIPIOS / De Buena Fe.**

*TERMORRIO Vs ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO. 21 de diciembre de 2000.*

La S 1.7 de los atrás mencionados “Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales” de UNIDROIT previene “(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad comercial en el comercio internacional. – (2) Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber”, lo cual desemboca en que la parte, concretamente, el acreedor que no ha obrado con la diligencia, providencia, previsión que le incumben, según el caso, no sólo está descalificado para alegar incumplimiento y pretender indemnización de perjuicios que, caso de haberlos recibido, sería por su propia causa, sino que, preventivamente y mas directamente, asume las consecuencias de su torpeza o de su turpitud, y la responsabilidad consiguiente para con la contraparte, cuando las prestaciones derivadas del contrato no se pudieron ejecutar y la finalidad de este se hizo imposible o se frustró debido a la falta de la actividad (más que colaboración) debida por aquella, indispensable para alcanzar el propósito común correspondiente a la función práctica o económico-social del contrato.

Como bien expresó el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en Abril 17, 1996:

“(E)s menester establecer diferenciación entre la idea abstracta y escueta de buena fe y el principio general del derecho que lo contempla. La buena fe a secas obedece a un concepto incluido en normas jurídicas tendientes a precisar supuestos de hecho en casos particulares. Pero el principio general del derecho engendra una apreciación jurídica de contenido más amplio tendiente a que toda persona que en razón de su actividad ejecute actos jurídicos lo haga motivado por una actitud honesta, leal, desprovista de cualquier intención dolosa o culposa, lo que jurídicamente implica la honradez de toda relación jurídica manifestada en su doble dirección: el ejercicio del derecho de buena fe o el cumplimiento de la prestación derivada de la obligación que la causa, lo que debe también ejecutarse de buena fe.”

Sobre cada parte pesan cargas de claridad, precisión, información, colaboración, de modo que al omitir los actos necesarios correspondientes, ella asume exclusivamente las consecuencias adversas de su inercia o de su incuria. Lo cual es más significativo y exigente en los contratos de colaboración y en las obligaciones que la presuponen e imponen, y puede llegar a implicar la propia extinción de la obligación por defecto de dicha colaboración del acreedor que impidió, obstaculizó o retardó el ejercicio por parte de deudor de su derecho a liberarse de la obligación por medio del cumplimiento exacto, y a obtener el

resultado económico apetecido, consecuencia natural de la satisfacción de los deberes y obligaciones contractuales recíprocos y comunes.

**PRINCIPIOS / De Buena Fe.**

*INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S. A. DE C. V- ICA. 30 de noviembre de 2000.*

En este sentido, no sobra recordar que para determinar el alcance y contenido de las obligaciones, la doctrina y la jurisprudencia reconocen en el principio de la buena fe objetiva un instrumento de señalada importancia para la definición del comportamiento que debe demostrar el deudor, en especial si es profesional, pues de éste se exige que vaya más allá de lo simplemente estipulado en el contrato (Laudo proferido el 8 de junio de 1999, en el Arbitramento entre Inurbe y Fiduagraria). Por esto se afirma que “es la obligación, integrada por la buena fe y los usos, la que nos dirá positivamente cuáles son los cuidados, atenciones, cautelas, cuya observancia es exigible específicamente al deudor de una concreta prestación”. (Jorge Fraga. La Responsabilidad del Deudor por los Auxiliares que utiliza en el cumplimiento. Madrid, 1933, pág. 244)

Y en materia de contratación estatal se afirma – en la conocida obra sobre “El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo” – que “cualquiera que sea el tipo de obligación y la naturaleza de la prestación, el obligado no solo debe realizar lo específicamente previsto, sino todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe. Si el obligado ... no lo hace así y se limita a realizar lo

específicamente previsto, no habrá cumplido la obligación. Pese a haber realizado lo que el acto creador de la obligación preveía, existirá incumplimiento con todo lo que ello comporta”. (Jesús Gonzáles Pérez. El Principio de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Madrid, 1998, pág. 74).

### **PRINCIPIOS / De Lealtad y Buena Fe.**

*SEPULVEDA LOZANO CIA LTDA Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU. 5 de mayo de 1997.*

La lealtad contractual y el principio de la buena fe que debe inspirar la actuación de toda parte contratante, con mayor razón cuando se trata de una entidad pública, no permite avalar la tesis que se apoye en el argumento consistente en que el contratista en la medida que se trataba de un contrato a precio global, debería determinar los ítems necesarios para la obra.

Esa lealtad contractual y ese principio de la buena fe no apoyarían el silencio de una parte sobre un elemento evidente para la ejecución de la obra. Y si no hubo silencio, lo acontecido configuraría un error por no haber determinado algo esencial cuando de común acuerdo se discutía un contrato a precio global. Es que por entonces ya no se estaba en presencia de una oferta en cuya realización, por tanto, sólo interviene una parte. Se trataba de una discusión conjunta de un nuevo proyecto bajo la misma modalidad de pago, esto es, a precio global, en el cual las partes, haciendo honor al principio de buena fe, deberían señalar sin ocultamientos y con toda la responsabilidad, los efectos reales del cambio.

## **PRINCIPIOS / De no Proceder contra los actos propios.**

*TERMORRIO Vs ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO. 21 de diciembre de 2000.*

La doctrina de los “actos propios”, condensada en el principio “non concedit venire contra factum proprium”.

Ha dicho al respecto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia de Septiembre 11, 1997 – Proceso No. 9207 – Ariza Aldana y Asociados Ltda. Vs Alcaldía Mayor de Bogotá):

“La doctrina de los actos propios tiene su fundamento en el principio general del derecho que predica que se debe proceder de buena fe en la conducción de la relación negocial.

La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro a la conducta que los actos anteriores hacían prever. Como dice una sentencia de 22 de abril de 1967, ‘la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, impone que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto; y que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta jurisdicción, como la del

Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 27 de diciembre de 1963 y 19 de diciembre de 1964, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus actos propios. Y la de 27 de febrero de 1981. (Ponente: Martín del Bugro) dice que ‘constituye un principio de derecho civil, y de la Teoría General del Derecho, la inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa, como una exigencia de fides que impone el mantenimiento de la palabra dada, la constancia de la conducta, la lealtad a lo pactado o prometido, la observancia de la buena fe, una de cuyas exigencias es la de impedir *‘venir contra factum proprium’*”.

#### **PRINCIPIOS / Selección objetiva.**

*PROMOTORA DE CONSTRUCCIONES E INVERSIONES SANTANA S.A. PROSANTANA S.A. Vs. DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ Vs. COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. COFIANZA S. A. 18 de diciembre de 2000.*

Al igual de lo que ocurre en todos los contratos estatales, la escogencia del contratista se debe hacer siguiendo los principios orientadores establecidos en la ley: selección objetiva, economía, transparencia, entre otros. Los pliegos de condiciones deben tener claramente definidos los requisitos para participar dentro del proceso licitatorio así como la minuta de contrato que se pretende celebrar. Es por ello que la experiencia exigida a los proponentes es un requisito que permite predicar la selección objetiva, precisamente porque, como ocurre en el caso concreto, se parte de que el Distrito suministraba el diseño de la obra a construir y

a operar, razón por la cual quien fuera adjudicatario del contrato tenía que demostrar tener el nivel adecuado y los conocimientos suficientes para cumplir el objeto contractual. Es también claro que en la mitad del contrato se establecen de manera precisa las obligaciones de las partes así como el alcance del contrato a celebrar. De allí la existencia de los registros de proponentes. Es también claro que en la minuta del contrato se establecen de manera precisa las obligaciones de las partes así como el alcance del contrato a celebrar.

#### **PRINCIPIOS / De Selección- De planeación.**

*UNIVERSAL S.A. Vs. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI- SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA VIAL Y VALORIZACION. 31 de agosto de 2001.*

*“Antes del conocimiento público de los procesos de selección, existe una fase preparatoria en la que interviene exclusivamente la Administración. La ley 80 de 1993 confiere singular importancia a esta etapa pues entiende que las equivocaciones que se presentan, incidirán negativamente durante la ejecución del contrato. De lo que se trata, entonces, es de realizar lo necesario para que una vez seleccionado el contratista y celebrado el contrato, puede ejecutárselo de manera inmediata, evitando demoras por la ausencia de requisitos o condiciones necesarias para el cumplimiento de su objeto.*

*Por consiguiente, esta etapa tiene que ver con el principio de planeación. Se reitera que solamente cuando esté listo y completo lo que se requiere para que el proceso de selección cumpla sus cometidos y pueda ejecutarse el contrato*

*inmediatamente aquel termine, es cuando las entidades deben optar por abrir la licitación o concurso y, en general, cualquier proceso de selección. Tan perentorio mandato se desprende claramente de los artículos 25, numerales 6°, 7° y 12, y 26 numeral 3°, de la ley 80 de 1993". (DAVILA, Pagina 209.....)*

## **2. ETAPA PREVIA**

### **ETAPA PREVIA / Responsabilidad de la Entidad / Responsabilidad del oferente**

*CONSORCIO CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ Y OTROS Vs. FERROVIAS. 7 de marzo de 2002.*

(...) el reconocimiento que la Ley 80 de 1993 hace la autonomía comercial privada, busca principalmente que el Contrato Estatal cumpla con los fines contemplados en el artículo 3 de dicho Estatuto, esto es, que con la celebración y ejecución del contrato " ... las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de dichos fines". La falta de claridad con que se manejó en los pliegos de condiciones y en el contrato el tema de las licencias, permisos y autorizaciones ambientales, poco contribuyó al cumplimiento de tales fines. Así mismo la conducta sumida por el contratista, igualmente merecedora de reproche por la ausencia de una determinación clara del contenido de las prestaciones que en materia ambiental se estaba obligando a cumplir, en nada sirvió para dichos

fines, pues el mismo artículo 3 dispone en su segundo inciso que “ ... los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

### **3. PLIEGO DE CONDICIONES O TERMINOS DE REFERENCIA.**

#### **PLIEGO DE CONDICIONES / Concepto**

*DIEGO JARAMILLO GÓMEZ Vs. CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA “C. A. R”. 16 de octubre de 1999.*

El Pliego de Condiciones de la Administración licitante constituye un acto administrativo en el cual la administración consigna, de una parte, su invitación a contratar y de otra, las reglas del juego de la selección.

#### **PLIEGOS DE CONDICIONES / Importancia / Contenido.**

*PROMOTORA DE CONSTRUCCIONES E INVERSIONES SANTANA S.A. PROSANTANA S.A. Vs. DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ Vs. COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. COFIANZA S. A. 18 de diciembre de 2000.*

A los pliegos de condiciones se les ha llamado la ley del contrato. Los mismos deben ser claros porque si fueran oscuros o demasiado esquemáticos sería contraproducente y ello podría dar origen a daños irreparables para la propia administración. Constituyen, evidentemente, uno de los documentos más importantes de procedimiento de la licitación, por cuanto determina las normas a seguir en todo el desarrollo de la operación y los elementos y los efectos del contrato a celebrarse. Por eso se dice que las cláusulas del pliego son la fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los contratantes, debiendo sus reglas cumplirse, estrictamente, de allí deriva que no puede modificarse el pliego con posterioridad a la presentación de las propuestas ni luego de la adjudicación. (Manuel María Díez).

**PLIEGO DE CONDICIONES / Acto administrativo / Reglamento del proceso licitatorio / Ley del contrato / Prevalencia de los pliegos de condiciones**

*EQUIPO UNIVERSAL Y CIA. LTDA. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. 11 agosto de 2000.*

La doctrina y la jurisprudencia aceptan unánime y pacíficamente que los pliegos de condiciones o términos de referencia que elabora la administración pública para contratar las obras, bienes o servicios que requiere, constituyen el reglamento que regula el procedimiento licitatorio o de selección del contratista, a la vez que delimitan el contenido y alcances del contrato que se busca celebrar. Ha dicho el Consejo de Estado que el pliego de condiciones es un acto administrativo de carácter general que la administración produce de manera unilateral, llamado a

causar efectos jurídicos propios tanto en el proceso de selección del contratista, como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato, a la vez que el pliego reglamenta las relaciones entre la administración y quienes participan en el proceso licitatorio, es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y ejecutan (sentencia de 27 de agosto de 1999).

En reciente sentencia la sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo del consejo de estado, expreso lo siguiente que el tribunal comparte en su totalidad porque resume de manera muy clara su opinión sobre la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones en la contratación estatal, sus fines primordiales y principales efectos y características:

“ Para la sala tal como lo señala la doctrina, la naturaleza jurídica de los pliegos o términos de referencia que elabora la administración pública para la contratación de sus obras, bienes o servicios, esta claramente definida en tanto son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcances del contrato, al punto que este documento regula el contrato estatal en su integridad, estableciendo una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular no solo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del contrato y hasta su fase final. De ahí el acierto de que se tengan como la “ ley del contrato ”.

Dada la trascendencia de los pliegos de condiciones en la actividad contractual, la normatividad en la materia pasada y presente, enfatiza que todo proceso de contratación debe tener previamente unas condiciones claras, expresas y

concretas que recojan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas a que hayan de acomodarse la preparación de las propuestas y el desarrollo del contrato. Es la razón por la cual por disposición legal debe incluirse en ellos " la minuta del contrato que se pretende celebrar con inclusión de las cláusulas forzosas de ley " (artículo 30-h del decreto 222 de 1983, lo cual se mantiene hoy en el artículo 30-2 de la ley 80 de 1993).

Dicho de otro modo, los pliegos de condiciones de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes."  
(Sentencia de 3 de febrero de 2000)

La prevalencia de los pliegos de condiciones sobre los demás documentos contractuales, tan explícitamente puesta de manifiesto por el Consejo de Estado, aunada al hecho de que en el subjuice no esta acreditado que la entidad licitante hubiese modificado, mediante adendo, lo referente a la fórmula aplicable a los reajustes parciales, permite al Tribunal arribar a la conclusión de que, en el presente caso, el Instituto Nacional de Vías estaba en el deber jurídico de preservar, tanto en la minuta del contrato que acompaño a los pliegos de licitación

pública número 017-95, como en el documento finalmente suscrito el 28 de diciembre de 1995, la integridad de la fórmula de reajuste que en dicho pliego se expreso.

Más no es sólo dicha prevalencia la que permite arribar a esa conclusión. Militan a favor de tal punto de vista, otras consideraciones que doctrina y jurisprudencia nacionales se han encargado de puntualizar y que el tribunal cree oportuno reproducir, en lo esencial.

“ En el procedimiento de la adjudicación pública, el pliego de condiciones garantiza la igualdad de trato a los proponentes, es la base de las ofertas y de la competencia esencial al concurso; por lo tanto, dentro de este sistema, el contrato que se celebre como resultado de la licitación no puede ser distinto en su naturaleza y condiciones al señalado por la administración en el pliego de condiciones; si así no sucediera, se burlarían las finalidades propias de la licitación pública y se convertiría el contrato por concurso en contrato privado de la administración, lo que sería ilegal...

En el proceso administrativo para contratar por el sistema de licitación, el acuerdo de voluntades se establece en relación con la oferta o llamamiento a contratar que hace la colectividad pública y que concreta en el pliego de condiciones de la licitación.

Estas condiciones deben señalar específicamente la naturaleza del contrato y sus modalidades, para que con relación a ellas se formulen las propuestas y la autoridad escoja la más conveniente.

El pliego de condiciones en el concurso tiene como función jurídica la de señalar las obligaciones generales de las partes en el contrato proyectado. El contrato que se celebre como resultado de la licitación encuentra su fuente en el pliego de condiciones y no puede ser sino su desarrollo. Estas condiciones son elementos integrantes del contrato” (concepto del 16 de mayo de 1967).

Dentro de la misma filosofía que inspira el anterior pasaje, puede citarse lo que a continuación se transcribe de otro concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la misma corporación:

“En la licitación tanto pública como privada es de máxima importancia el pliego de condiciones. Como que es la base fundamental sobre la cual el licitante invita a los oferentes a hacer sus propuestas y en el que se plasman, por así decirlo, las reglas de juego que regirán para todos los proponentes y el licitante durante la licitación. Es de tal importancia el pliego de condiciones que la doctrina tradicionalmente lo ha denominado “ley del contrato”.

En el pliego de condiciones no solo debe figurar una copia del contrato que se celebrará con el oferente favorecido, sino todas las condiciones que en una u otra forma inciden en la adjudicación, en orden a mantener la igualdad jurídica de los oferentes en el concurso. (...) en cuanto hace a los criterios que se tendrán en cuenta para la adjudicación, es claro que deberá incluirse la forma de evaluación de tales criterios, la manera como se calificarán cada uno de los factores que globalmente integren la propuesta. Con este proceder se logra respetar el principio de igualdad jurídica de los proponentes, piedra fundamental del procedimiento de

licitación. Los oferentes deben ser enterados de la forma como su propuesta va a ser evaluada para que no existan procedimientos secretos o acomodaticios que puedan inclinar la adjudicación a favor de uno u otro oferente, sino que por el contrario, la adjudicación se haga al proponente que presente la oferta más favorable, **previos los estudios del caso y efectuado el análisis comparativo...** (concepto de 27 de noviembre de 1986).

#### **PLIEGO DE CONDICIONES / Fuente del contrato.**

*MALLAS EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES LTDA - MAECO LTDA. Vs. FONDO NACIONAL DEL AHORRO. 10 de marzo de 1999.*

Es obvio que esta discordancia entre el contrato y el pliego de condiciones tiene que dirimirse por lo dicho en este último como quiera que el referido pliego según lo ha entendido la jurisprudencia y la doctrina, contiene el marco de referencia de todas las obligaciones generales de las partes en el contrato proyectado, por lo que se ha advertido que el contrato que se celebre como resultado de la licitación "encuentra su fuente en el pliego de condiciones y no puede ser sin su desarrollo. Estas condiciones son elementos integrantes del contrato" (Sent. Consejo de Estado, 16 mayo de 1.967. Anales Tomo LXXII y página 21).

#### **PLIEGO DE CONDICIONES / Deber de prevalecer sobre el contrato**

*CONSORCIO CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ Y OTROS Vs. FERROVIAS. 7 de marzo de 2002.*

El pliego de condiciones siempre debe prevalecer sobre el contrato, pues lo contrario abriría la posibilidad de que el oferente seleccionado burle las previsiones de éste, modificándolas, de común acuerdo con la entidad oficial, en las cláusulas contractuales, lo que resulta lesivo del derecho de igualdad que tienen los concursantes dentro del proceso licitatorio.

Así lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, que en reciente pronunciamiento reiteró la antes referida opinión, mediante sentencia de fecha 3 de febrero de 2000, con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque, Expediente No. 10339, que en lo pertinente afirmó: “Para la sala, tal como lo señala la doctrina, la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o términos de referencia que elabora la administración pública para la contratación de sus obras, bienes o servicios, está claramente definida en tanto son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato, al punto que este documento regula el contrato estatal en su integridad, estableciendo una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular no solo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del contrato y hasta su fase final. De ahí el acierto que se tenga como “la ley del contrato””.

**PLIEGO DE CONDICIONES / Ley del contrato / Límite para las partes**

*EQUIPO UNIVERSAL Y CIA LTDA. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS 11 de agosto de 2000.*

Si los pliegos de condiciones de toda licitación o concurso públicos constituyen la ley del contrato, y si ellos vinculan no solo a los proponentes sino a la entidad que los redacta, quiere decir que esa ley del contrato no puede ser desconocida ni por aquellos ni por ésta, so pena que la actuación que se aparte de tales pliegos se sancione con la nulidad, si del ente público se trata, o con el rechazo de la propuesta u oferta, respecto de los licitadores, porque ninguno de ellos podrá modificar los pliegos para lograr objetivos o condiciones no previstos cuando se abrió la licitación. De esa manera, los pliegos de condiciones se erigen en valla que limita no solo los poderes de la entidad que abre el concurso, sino de las ofertas que redacten y presenten los proponentes y, posteriormente, del contenido mismo del contrato, de los derechos y obligaciones que de él emanen.

**PLIEGO DE CONDICIONES / Elaboración de los pliegos / Responsabilidad de la Entidad.**

*CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S. A. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. 26 de noviembre de 2001.*

Dice al respecto el tratadista Osvaldo Máximo Bezzi, en su obra “El contrato de Obra Pública”, lo siguiente: “En este tipo de estudios el contratista toma el dato de su resultado sin entrar a revisarlo, máxime si proviene de especialistas, salvo la existencia de errores groseros que no le pueden pasar inadvertidos “. Asimismo, dice el profesor Manuel María Diez, en su obra “Derecho Administrativo”, “El error

o la culpa en que incurre la administración al preparar el proyecto, le es directamente imputable. Cuando el cocontratante hace la oferta establece un precio que se calcula sobre la base de la seriedad del Proyecto de la Administración Pública y sobre un sencillo y razonable examen del terreno. No se le puede pedir que haga una investigación exhaustiva ni tampoco que realice un control del proyecto de la Administración. El error, la negligencia, la imprevisión en la ejecución del proyecto, la ausencia de investigaciones idóneas de la Administración Pública que han dado origen a una equivocación del cocontratante acerca de las condiciones en que ha de ejecutarse la obra, impiden que se cargue a este el riesgo de su ejecución. El contratista tiene derecho, entonces, a una compensación equitativa si su prestación se convierte en notablemente más onerosa, por causas geológicas, hidráulicas o similares no previstas por las partes. (...) Cabe decir, pues, que la obligación del proponente de informarse sobre el subsuelo, a los efectos de calcular el costo de la obra, no tiene el alcance de un control integral del proyecto, ya que no debe pasar de un razonable examen sobre la base de la presuposición de la seriedad de los procedimientos e investigaciones de la Administración Pública para ejecutar la obra...”

Según lo afirma Rodrigo Escobar Gil “El llamado a la licitación es una invitación pública que realiza la Administración para que los interesados formulen ofertas en relación con un proyecto de contrato determinado. Es una invitatio ad offerendum (...) El acto mediante el cual se ordena la apertura de un licitación es un acto administrativo por contener una declaración unilateral de la voluntad de un ente

público, como es la decisión de iniciar un procedimiento licitatorio, que produce directamente unos efectos jurídicos (...) Los efectos jurídicos que produce la decisión de la Administración Pública de convocar una licitación, los podemos sintetizar así: ... Con posterioridad al llamado a la licitación, la Administración no puede modificar las reglas del procedimiento de selección del contratista, ni el objeto y **las características esenciales de los bienes, servicios u obras a contratar**" (subrayado y negrillas del tribunal).

La presentación de la propuesta genera entre las partes una relación jurídica concreta, de la cual se derivan para cada una de ellas un conjunto de derechos y obligaciones.

Este tribunal considera que la veracidad y calidad de la información sobre las condiciones técnicas contenidas en el pliego era una de las obligaciones implícitas en el objeto contractual, puesto que el mismo partía de la base de la veracidad de la información requerida para la elaboración de la oferta. Además recuérdese que el pliego de condiciones se convierte en uno de los documentos del contrato, una vez este se suscribe por las partes.

**PLIEGO DE CONDICIONES / Preparación del pliego / Responsabilidad de la Entidad / Principios Rectores/ Régimen de licencias y permisos**

*CONSORCIO CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ Y OTROS Vs. FERROVIAS. 7 de marzo de 2002.*

El tribunal encuentra que uno de los aspectos más enfáticamente tratados en el estatuto general de contratación contenido en la ley 80 de 1993 es el atinente a la etapa previa o la preparatoria a la apertura propiamente dicha de la licitación o concurso públicos. Para evitar viejas y nocivas prácticas en la contratación estatal, quiso el legislador dejar sentados una serie de principios que han de atender las entidades en sus procesos contractuales. Particularmente fue reiterativo en la exigencia de actuar con diligencia y cuidado en todo lo que resulte imperioso para que una vez celebrado el contrato se pueda acometer su ejecución sin ninguna dilación y costo en consecuencia, por lo que recabó en la necesidad de hacer estudios confiables y actualizados; elaborar diseños serios, confiables y reales; y confeccionar pliegos de condiciones completos y claros. El incumplimiento de este deber en cuanto afecte la ejecución ulterior del contrato puede generar responsabilidad patrimonial.

La ley es clara, entonces, en lo que respecta al principio de planeación y a la responsabilidad por su incumplimiento en tratándose de estudios, planos, diseños y pliegos de condiciones o términos de referencia. Huelga preguntar, si una previsión semejante es aplicable o cobija otras circunstancias diferentes de clara incidencia en la ejecución del contrato que no aparecen de manera expresa en las correspondientes disposiciones legales (Artículos 25, numerales 6, 7 y 12, y 26, numeral 3), como es lo relativo a las licencias ambientales y la situación de los predios necesarios para las obras.

Para el tribunal es claro que la recta interpretación de las normas, desde su perspectiva teleológica, conduce a sostener que las entidades estatales cuando decidan abrir una licitaciones porque han resuelto por lo menos desde la órbita jurídica estos temas y porque las soluciones y aspectos atinentes a ellos se encuentran plasmados en el pliego de condiciones de manera que exista total claridad acerca de lo que podría acontecer una vez suscrito el contrato. Implica lo dicho que estos tópicos están en principio a cargo de las entidades estatales. Para el caso de las licencias, permisos y demás aspectos ambientales logrando su obtención con antelación a la apertura del proceso de selección tanto por su incidencia en el plazo de ejecución del contrato como en su costo.

De manera excepcional y en cuanto razones claras de conveniencia lo aconsejen, podría admitirse la posibilidad de abrir un proceso sin la consecución de las mismas. Pero en tal evento, la definición de las reglas han de ser especialmente claras y precisas por el efecto, se reitera que tiene sobre el contrato, incluso diríase sobre su misma existencia y viabilidad. Al respecto, piénsese, por ejemplo, en el caso en que después de abierta la licitación, adjudicado y celebrado el contrato, la autoridad ambiental niega la licencia o permiso. No cosa distinta a la imposibilidad de su realización produce una situación tal. Es por esto que la exigencia de la claridad es mayor para el caso de la existencia de la circunstancia que hemos dado en llamar excepcional.

Lo dicho es perfectamente aplicable para el caso de los bienes necesarios para acometer obras.

**PLIEGO DE CONDICIONES / Estudios, diseños y proyectos previos a cargo de la Entidad Contratante / Responsabilidad de la Entidad por la negligente o no elaboración de los mismos / Deber de diligencia del contratista**

*SEPULVEDA LOZANO CIA LTDA. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO*

*– IDU 5 de mayo de 1997*

La responsabilidad del IDU se patentiza por no haber atendido vital deber de la actuación contractual, como el ordenamiento jurídico lo impone. Dicho deber tiene que ver con la necesidad ineludible de contar con los estudios actualizados, oportunos y necesarios del proyecto a ejecutar antes de la apertura del respectivo concurso. La ley 80 de 1.993, con precisión recogió en el artículo 25, ordinal 12, este deber que de tiempo atrás había sido planteado por la jurisprudencia y la doctrina. Reza de la siguiente manera la citada disposición:

*“Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones o términos de referencia.*

*La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes”. Se subraya.*

Tan es clara la magnitud e importancia del deber que se comenta que la propia ley 80 de 1.993, en su artículo 26, ordinal 3º, establece que las entidades responderá

“cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueron necesarios..” En evidente relación directa con el tema que se está tratando, la ley también de manera expresa y categórica confiere responsabilidad a las entidades cuando “los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos” (artículo 26, ordinal 3º. Se subraya). Esto último tiene estrecha relación con lo establecido en el artículo 24, ordinal 5º, ibídem, cuando se establece que, en los pliegos de condiciones o términos de referencia: “No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento” y “se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes” Se subraya

Por más que la responsabilidad por los diseños se traslade al contratista, ello no es óbice para que se cuente con los estudios necesarios que garanticen la seriedad de lo requerido por la entidad, cosa que no aconteció en el asunto *sub lite*. En el mismo boceto de lo que hemos dado en llamar la conceptualización del proyecto, la actividad de la entidad debe caracterizarse por la máxima diligencia, pues, en su seno se cuenta con profesionales de calificadas condiciones, quienes deben estar prestos para detectar yerros técnicos de razonable determinación.

El deber de diligencia es más riguroso cuando la ejecución de la obra reviste la modalidad de precio global, pues el oferente debe desplegar una actividad de extremo cuidado porque las posibilidades de exposición a riesgos son mayores.

Ese análisis sobre los riesgos es precisamente el que corresponde estructurar al oferente cuando está en proceso de adoptar la decisión de licitar. Las condiciones de la invitación pueden ser tan poco favorables que bien pueden hacerlo desistir de la participación, si dentro de la debida oportunidad no se corrigen los inconvenientes encontrados. Pero si a pesar de las dificultades, tales como carencia de estudios o estudios desactualizados, elaboración de diseños y precios globales, se decide por la intervención en el proceso, se debe ser consiente que se están asumiendo mayores riesgos que los ordinarios.

Si a la mayor incorporación de riesgos que implicaba para el contratista la celebración del negocio como era propuesto por la entidad, se le suma la omisión en la visualización de un error técnico que incorporaba el proyecto, el grado de responsabilidad es evidente. Con la experiencia innegable del proponente y teniendo en cuenta el notable riesgo que implicaba licitar diseños y obra bajo la modalidad de precios globales, la diligencia empleada en la elaboración de la propuesta debería haber sido la máxima.

#### **PLIEGO DE CONDICIONES / Ineficacia / Indeterminación**

*DIEGO JARAMILLO GÓMEZ Vs. CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA "C. A. R". 16 de octubre de 1996.*

Aceptar que la propuesta del proponente estaba condicionada por los propios pliegos de condiciones a hechos futuros posteriores al contrato y que por tanto hacían indeterminada la formulación de los pliegos y, de manera necesaria, la respuesta que a ellos dieran en su propuesta los participantes en la licitación, signaría los pliegos en ese punto de ineficacia, conforme a las disposiciones del artículo 24, numeral 5, de la ley 80 de 1993.

#### **4. OFERTA**

##### **OFERTA DEL CONTRATISTA / Concepto / Naturaleza de las ofertas**

*EQUIPO UNIVERSAL Y CIA. LTDA. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS 11 de agosto de 2000.*

La participación de los particulares en el proceso de formación del contrato estatal fruto de un concurso o licitación abiertos por la entidad estatal licitante, se inicia con la adquisición de los pliegos de condiciones o términos de referencia y culmina con la redacción, confección y presentación de la propuesta. Esta última es el acto jurídico de mayor trascendencia que cumple el particular en el procedimiento licitatorio, pues en él va a fijar, unilateralmente, su oferta de contrato, lo cual debe hacer con apego a las disposiciones legales y a las contenidas en el pliego de condiciones.

Como expresa el Consejo de Estado, siguiendo las enseñanzas de José Roberto Dromi, “La presentación de una oferta traduce una declaración de voluntad que tiene por fin inmediato establecer, crear o modificar derechos o relaciones jurídicas entre el proponente con el licitante y demás oferentes que participan del procedimiento”, relaciones jurídicas que están reguladas en parte por normas de derecho público, pero sustancialmente por las reglas del derecho privado, en todo lo concerniente a la validez y los efectos de los actos y declaraciones de voluntad. Al fin y al cabo, la oferta de contrato contenida en la propuesta, es un acto jurídico privado y puede, por consiguiente, estar afectada por los vicios de la voluntad propios de éstos (error, fuerza y dolo).

Pero la oferta o propuesta presentada en un concurso licitatorio debe, también, acomodarse no solo a la legislación especial sobre contratación estatal, la cual prohíbe – por ejemplo – las ofertas que impliquen condicionamientos para la adjudicación (art. 30- 6 ley 80 de 1993), sino primordialmente, debe “referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia”. De otra parte, el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de los requisitos tanto subjetivos, como objetivos y aún formales de la oferta, determinan que ella puede, eventualmente, adolecer de vicios que alcancen a producir su nulidad. El régimen de esas nulidades es el previsto en el derecho privado, si bien en punto de defectos formales, también las normas de la contratación estatal fijan las consecuencias jurídicas de esas irregularidades. (Dromi, “La licitación Pública”, 2ª. Edición, Astrea, Buenos Aires, 1977, p.345).

La jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado ha expresado que los defectos que no afecten sustancialmente la validez de la oferta son subsanables y que no alcanzan a constituir título suficiente para el rechazo de las ofertas que los contengan.

Los numerales 7, 8, 9 y 10 del artículo 30 de la ley 80 de 1993 se encargan de puntualizar el marco general con arreglo al cual ha de proceder la entidad estatal licitante en cuanto a la evaluación de las propuestas presentadas, teniendo como norte el principio de la igualdad de los proponentes y el deber de seleccionar objetivamente, entre las que le hayan sido presentadas y sean admisibles, la que resulte mas favorable, según lo prescribe el artículo 29 de la misma ley.

Respecto de cuál ha de ser la conducta a seguir por la administración en el proceso de evaluación de las ofertas, el Tribunal considera oportuno citar, una vez más, lo dicho al respecto por la Sección Tercera del Consejo de Estado en su ya mencionada sentencia del 3 de febrero del año en curso:

“ (...) es deber de la administración ser muy clara en el proceso de evaluación de las ofertas, al punto que debe rechazar aquellas que no se ajusten a los pliegos de condiciones, o aquellas que le impongan condiciones que no está dispuesta a aceptar. En caso de que permita ofrecimientos donde haya una relativa libertad del oferente pero que se reserva el derecho de aceptarlos o rechazarlos, debe entonces pronunciarse sobre los mismos y el momento para ello no es otro que el de la adjudicación, porque al decidir la administración cual es la oferta más

conveniente la ésta aceptando y quedan tanto ella como el proponente, obligados a continuar con los trámites necesarios para el perfeccionamiento del contrato.”

**OFERTA / Errores en la oferta /Responsabilidad del oferente/ Inaplicación de la teoría del desequilibrio**

*SEPULVEDA LOZANO CIA LTDA. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO  
– IDU 5 de mayo de 1997*

En la parte pertinente de las consideraciones jurídicas, el Tribunal dejó sentado su posición en relación con el tratamiento que deben revestir los descuidos, negligencias o simples errores en que haya podido incurrir, el inicialmente proponente y después contratista, en la elaboración de su oferta. Se dijo entonces que no es de recibo estructurar teorías absolutas sobre el desequilibrio contractual cuando la verdadera causa del desfase se encuentra en un error cometido por el proponente. Error inexcusable por demás, en tratándose de expertos en las materias respecto de las cuales licitan.

**EL PRECIO / Deben ser justos y reales / Objeto ilícito por precio injustificado / Precio artificialmente bajo / Riesgo del oferente**

*CONSORCIO CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ Y OTROS Vs.  
FERROVIAS. 7 de marzo de 2002.*

A juicio del Tribunal los precios convenidos en los contratos estatales o en los acuerdos que con posterioridad se suscriban en desarrollo del artículo 40 de la ley

80 de 1993, deben atender en un todo los altos fines de la contratación que de manera diáfana enseña el artículo 3, Ibídem. En virtud de ello, los precios que estipulan como contraprestación por la obra, servicio o bien recibido deben ser justos y reales según las circunstancias de tiempo, modo y lugar. El ordenamiento jurídico reprueba el acuerdo que incluya un valor desproporcionado o sin ninguna justificación porque encuentra que desatiende los fines de la contratación en cuanto se está tolerando un precio que incluye una utilidad abusiva que por lo mismo no está amparada por la ley. Recordemos que el artículo 3 eleva a la categoría de fin de la contratación la utilidad del contratista, la cual se garantiza. Empero, ello sucede así en cuanto sea justificada. De manera que, el precio injustificado encierra en su seno objeto ilícito por la violación de una norma de derecho público de la nación (artículo 1519 C. C.).

El ordenamiento positivo tampoco acepta el precio artificialmente bajo con el fin de obtener la adjudicación. A este respecto este Tribunal es del criterio que el precio reprochable por lo bajo se asemeja bastante al irrisorio que el artículo 920 del Código de Comercio establece. Con este criterio, siguiendo los lineamientos trazados por la jurisprudencia y de la doctrina, abría que señalar que adquiere la condición de artificial o irrisorio, aquel que no tiene ningún sentido ni lógica y que más bien suscita risas por lo exiguo. Este concepto es diferente del simple precio bajo que se caracteriza por ser real pero por debajo de lo habitual y corriente. Diferentes razones pueden llevar a una persona a presentar un precio bajo en donde su utilidad sea reducida o ninguna, en especial en economías en crisis.

El precio bajo pero justificado no genera reproche alguno pero implica para el oferente o contratista que deba asumir las consecuencias de una situación semejante. Es decir que no puede pretender mejorar la situación, so pretexto de teorías instituidas para otros fines y alcances como sería la de la ecuación contractual.

## **5. ADJUDICACIÓN**

### **ADJUDICACION / Importancia / Efectos**

*TERMORRIO Vs. ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO 21 de diciembre de 2001*

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, ha expresado:

“Los efectos de una adjudicación son bien conocidos afirmándose constantemente en reiterada jurisprudencia que desde que ella se comunica surge entre el adjudicatario y el adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones y que el contrato no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal, por cuanto lo ya transmitido traba la relación jurídica”. (Sentencia de septiembre 12, 1994 – Expediente No. 8677 – Pico y Pala Ltda.).

“El acto de adjudicación, de gran trascendencia dentro de la etapa de selección del contratista, constituye una aceptación formal de una oferta de contrato e

implica un ajuste de voluntades o el convenio jurídico entre la parte seleccionada y la administración” (Sentencia de septiembre 4. 1997 – Expediente No. 10065 – José Vicente Torres Osorio y Cía. Ltda., Vs. Cortolima y otros).

## **6. CONTRATO ESTATAL**

### **CONTRATO ESTATAL / Concepto.**

*COOPERADORES I.P.S. Vs. S.A. FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. 10 de abril de 2000.*

Teniendo en cuenta lo dispuesto por la Ley 80 de 1993, se entiende por contrato estatal cada uno de los actos jurídicos generadores de obligaciones, que celebren las entidades públicas con capacidad para contratar, previstos en el derecho público o privado, típicos o atípicos y los derivados, en general, del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

### **NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**

*EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS, FERROVIAS VS. CONSORCIO CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S. A. Y CONCIVILES S. A. 9 de marzo de 2002.*

Ahora bien, en los contratos administrativos (hoy contratos estatales) igualmente concurren estos requisitos (Art. 40, inciso 1, Ley 80 de 1993). El hecho de que estén regulados, en principio, por normas de derecho público, no desvirtúa este

aserto, porque las que contemplan el efecto de las obligaciones en general emanadas de éstos, así como las que regulan el consentimiento válido, el objeto y la causa lícitos se regirán por las normas del derecho privado (civil o comercial). (Sentencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo).

**NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS ESTATALES / Licitación pública y contratación directa.**

*INVERSIONES KENO S. A. VS. EMPRESA COLOMBIANA DE RECURSOS PARA LA SALUD S. A. ECOSALUD. 20 de agosto de 1997.*

Es preciso concluir que no todos los contratos estatales tienen las mismas características ni se rigen por los mismos principios absolutos y que, dadas sus propias especificidades, se manejan por las reglas propias de la función pública o del derecho privado (comercial).

El solo hecho de que una entidad, de las llamadas estatales por la Ley 80, deba o no someterse al proceso licitatorio, marca desde el comienzo una gran diferencia en el alcance las posibilidades de inclusión de determinadas cláusulas y/o de negociación de la entidad respectiva.

En efecto, tratándose de contratos en donde la escogencia del contratista debe hacerse previa la celebración de un proceso licitatorio, es claro que las condiciones y calificaciones del contratista deben ser evaluadas siempre durante el proceso de selección y, por lo mismo, no se podrá incluir ninguna previsión que

conduzca a que una vez celebrado el contrato, esté sometido a análisis, condiciones o aprobaciones ulteriores ni por la entidad licitante ni por ninguna otra, salvo los casos que se financie el contrato con recursos de organismos multilaterales de crédito o de aquellos organismos señalados en el inciso final del artículo 13 de la ley 80 de 1993.

Por el contrario, si el contrato a celebrarse es de aquellos en que la escogencia del contratista ha de hacerse en forma directa, no solo la entidad puede desplegar toda la capacidad negocial propia de las relaciones entre particulares, sino que, aplicando las reglas de los artículos 13 y 40 de la ley 80/93, y para el caso de las entidades estatales sometidas al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado en concordancia con el literal m), numeral 1) del artículo 24 ibídem, y los artículos 31 y 34 del decreto ley 3130 de 1968, puede incluir cláusulas muy propias del derecho privado, pues la entidad no está limitada por unos términos de referencia o pliegos de condiciones que sirvan de marco para la selección del contratista y para la ulterior contratación.

**PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / Adjudicación del contrato.**

*EQUIPO UNIVERSAL Y CIA. LTDA. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS INVIAS. 11 agosto de 2000.*

El contrato estatal es solemne, porque debe constar por escrito, según lo dispone el artículo 41 de la ley 80 de 1993.

A juicio del Tribunal, lo que la norma dispone es que el contrato se perfecciona una vez que haya acuerdo de las voluntades que concurrieron a formarlo, sobre sus elementos esenciales: objeto y contraprestación. Lo que ha de elevarse a escrito es, justamente, el acuerdo de voluntades alcanzado. Y ya se vio cómo ese acuerdo de voluntades solo se obtiene cuando confluyen el querer de la administración, unilateralmente expresado en el pliego de condiciones, y el querer del particular contratista, también unilateralmente expresado en su propuesta, que la entidad licitante encontró ajustada a dicho pliego.

El acuerdo de voluntades entre la entidad estatal contratante y el particular contratista se patentiza o materializa mediante el acto de adjudicación de la licitación o concurso.

### **CONTRATO ESTATAL / Contrato Conmutativo.**

*PLINCO S.A. VS EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. 30 de mayo de 2001.*

La conmutatividad de los contratos estatales, es un principio omnipresente en las distintas disposiciones de la ley 80 de 1993, donde se busca conservar el “valor intrínseco” de la remuneración pactada durante la vigencia del contrato.

De esta manera, la entidad contratante, frente al debido cumplimiento del objeto del contrato por parte del contratista, debe remunerarlo conservando el equilibrio económico llevándolo a un punto de no pérdida.

Lo anterior no quiere decir que la entidad contratante deba correr con todos los riesgos propios de la ejecución del contrato por cuanto esto implicaría imponerle una carga además de pesada, injusta, sino que existen algunos riesgos, considerados por la doctrina como de orden público (art. 40 ley 80 /93), que no pueden ser transferidos al contratista, en su papel de colaborador de la Administración para la efectiva prestación de los servicios públicos, siendo éstos:

1. Los derivados del ejercicio de las potestades excepcionales del Estado.
2. Los derivados de las modificaciones o variaciones de la obra contratada por causas no imputables al contratista.
3. La imprevisión: la ecuación contractual o el mantenimiento del equilibrio económico del contrato.
4. El hecho del príncipe.
5. Los derivados de la mala conducta contractual del Estado.

Conforme a lo anterior, es deber de la entidad contratante correr con las consecuencias perjudiciales al contratista en virtud de la ocurrencia de alguno de estos supuestos, para mantener la conmutatividad propia de este tipo de contratos.

**CONTRATO ESTATAL / Contrato de libre discusión.**

*DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ Vs. CONSORCIO COLOMBIANO – ARGENTINO CON.COL.AR. 20 de mayo de 2000.*

Si bien los contratos estatales no ofrecen las mismas posibilidades de negociación que la generalidad de los contratos que se suscriben entre los particulares, no puede predicarse respecto de ellos la calidad de contratos por adhesión.

**CONTRATO ESTATAL / Contratos Adicionales / Mutabilidad del contrato estatal.**

*LUIS FERNANDO GONZÁLES PÁEZ Vs. FONDO DE DESARROLLO LOCAL BARRIOS UNIDOS (LOCALIDAD 12) DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ. 13 de mayo de 1998*

El tribunal no lo entiende así ni puede hacerlo, por cuanto la suscripción de adiciones o contratos adicionales en los contratos estatales en general es la consecuencia de que son esencialmente mutables por las necesidades del servicio. En los contratos de obra en particular las referidas adiciones pueden obedecer a múltiples factores relacionados con el interés público involucrado en el objeto mismo del contrato, tales como obras adicionales o mayores cantidades de obra, que en nada tocan con la conducta de las partes, pues si obedecieran a incumplimientos de éstas, de ello deberá dejarse la constancia correspondiente,

para sustentar así las sanciones que se generen por el hecho de los incumplimientos.

**CONTRATO ESTATAL / Elemento esencial: Precio / Elemento natural: Forma de pago.**

*MALLAS EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES LTDA., MAECO LTDA. Vs. FONDO NACIONAL DEL AHORRO. 10 de marzo de 1999.*

El precio en el contrato estatal de obra es un elemento de la esencia del contrato, sin el cual no hay lugar a la existencia de este tipo contractual de la administración.

No obstante, la forma en que el precio debe pagarse, esto es, los plazos para que el contratante cumpla con su prestación, no es un elemento esencial sino un mero elemento de la naturaleza del contrato que, por lo tanto, en la medida en que lo hayan regulado las partes es la regla voluntaria la que lo rige: Si no hay pacto, dicha omisión es cubierta por la ley, de acuerdo con la cual - artículo 1551 del C.C. - a falta de plazo expreso se aplica el tácito, que es, según la misma norma, el indispensable para cumplir el pago, de acuerdo con la naturaleza de la prestación que se está pagando. En el literal D del pliego de condiciones, que corresponde a la forma de pago del contrato, se regula el anticipo.

Apoyan esta afirmación sobre la condición de elemento de la naturaleza del contrato que tiene la forma de pago del precio, las previsiones del pliego de

condiciones, según las cuales el anticipo es renunciable por el contratista, lo que confirma la condición de no esencial del anticipo.

En los pliegos de condiciones para la celebración del contrato inicial, acorde con lo anterior, se determinó que el contratista podía, como en efecto sucedió en este caso, "jugar" con los plazos de pago, de manera que en la medida en que el resultado financiero de la forma de pago propuesta fuera más benéfico para el Fondo, ello sería un factor de escogencia del contratista para la celebración del contrato, con lo cual, se fijó una regla contractual entre las partes, dentro del ámbito de la autonomía de su voluntad, sin que en tal aspecto resulte imperativa alguna norma que restrinja el mencionado acuerdo de voluntades.

Advierte el tribunal que, en efecto, al revisarse el texto de los dos acuerdos adicionales reformativos del contrato inicial no se pactó nada respecto de pagos de anticipos sobre el valor adicional del contrato.

### **CONTRATOS ADICIONALES / Forma de pago del precio.**

*MALLAS EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES LTDA., MAECO LTDA Vs. FONDO NACIONAL DEL AHORRO. 10 de marzo de 1999.*

No comparte este Tribunal la tesis de la Procuradora Delegada acogida por el Consejo de Estado, antes transcrita, en el sentido de que no es posible pactar anticipos en los contratos adicionales, por ser contrario ello a su condición de adicionales. En opinión del Tribunal, la forma de pago del precio es, como se dijo,

un elemento de la naturaleza del contrato que por lo tanto está al libre juego de la voluntad y conveniencia de las partes, las que, para fijarlo, seguramente tendrán en cuenta los efectos que la forma pactada tenga en su situación financiera, en los costos financieros y en el riesgo que asumen, frente al incumplimiento y la insolvencia de su contraparte y por tanto encuentra que un pacto en ese sentido, de haber existido, sería válido.

## **7. RESPONSABILIDAD ESTATAL**

**RESPONSABILIDAD ESTATAL / Principio de responsabilidad / Principio de buena fe / Principio de lealtad.**

*FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO Vs. PRATCO S.A. 25 de febrero de 1999.*

(...)

La administración pública, es cierto, goza de algunas prerrogativas en su contratación las que, en verdad fueron excesivas hasta antes de la ley 80 de 1993, pero que luego de dicho estatuto se mantuvieron parcialmente, pero siempre sobre el entendido de que deben vigilar la correcta ejecución del contrato de manera pronta y oportuna tal como lo señala el art. 26 de la ley 80 de 1993, donde se consagra el denominado principio de la responsabilidad...

(...)

No se compadece con lo anterior que se permita el adelantamiento de la labor contratada sin observaciones a la misma, pagando lo que corresponde con el avance mensual sin reservas ni condicionamientos, para, al considerar el contratista que ha terminado su labor, venir a presentar reparos que, de ser ciertos

y fundados, se han debido exponer desde un primer momento, pues es lo cierto que de así haber sucedido se han podido introducir los correctivos en la debida oportunidad, sin la perdida de esfuerzo, tiempo y dinero que demanda hacerlo al culminar la labor, y esto en el entendido de que las observaciones fueran entradas en razón.

No haberlo hecho constituye un proceder negligente del ente administrativo que no se puede venir a cargar al contratista que de buena fe ha ejecutado su labor para colocarlo en situación práctica de volver a iniciar actividades.

La lealtad contractual, la buena fe que debe presidir el desarrollo de todos los contratos no puede auspiciar esta circunstancia de desequilibrio por no ser prerrogativa de la administración.

(...)

### **RESPONSABILIDAD ESTATAL / Principios generales.**

*EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS, FERROVIAS Vs. CONSORCIO CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. Y CONCIVILES S.A. 15 de septiembre de 1998.*

La responsabilidad, entonces, no puede excluirse de la actividad contractual del Estado, por la simple inclusión de cláusulas de no responsabilidad pues ello atentaría contra la equidad, los principios generales del derecho y el principio de la

buena fe elevado a cánón constitucional por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

## **RESPONSABILIDAD ESTATAL.**

*CONCESION SANTA MARTA, PARAGUACHON S.A. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INVIAS. 24 de agosto de 2001.*

El fundamento de la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado, se concretó en la noción del “daño antijurídico” reparable, que el constituyente consagró en el artículo 90 de la Constitución Política, noción constitucional que informa el concepto legal del equilibrio económico de los contratos estatales, como lo ha establecido en forma reiterada el Consejo de Estado (Sentencia 28 de octubre de 1996 M.P.: Jorge Valencia Arango; s 27 de marzo de 1992, M.P.: Daniel Suárez Hernández; s 9 mayo de 1996 MP.: Daniel Suárez Hernández.).

De esta manera surgirá para el Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que sufra el particular contratista, siempre que el mismo no le sea imputable, y no se encuentre en la obligación surgida de la ley o del contrato.

De esta manera resulta claro para el Tribunal:

- a) Que la responsabilidad contractual de la administración sólo es predicable frente a los daños antijurídicos derivados de su acción u omisión.

- b) Que la existencia del “daño antijurídico” reparable, en los términos del constituyente presupone que aquél que lo padece no está en el deber constitucional, legal, contractual o extracontractual de soportarlo.
- c) Que por lo mismo, el contratista del Estado que alegue el padecimiento de un daño o perjuicio derivado de la celebración, ejecución o terminación de un contrato estatal y pretenda su reparación, ha de probar primero la realización del daño o perjuicio y la ausencia de la obligación surgida de la ley o del contrato de preverlo o asumirlo.

**RESPONSABILIDAD ESTATAL / Teoría de la Causalidad / Presunción de culpa.**

*CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INVIAS. 26 de noviembre de 2001.*

Este planteamiento resalta la existencia de un doble vínculo causal que ha de reconocerse en la responsabilidad contractual. En efecto, el primero de dichos vínculos se presenta entre la culpa y el incumplimiento del deudor; el segundo entre este incumplimiento y el daño producido al acreedor.

Si se analizan bien las cosas se puede observar que el incumplimiento de la obligación pactada, usualmente se produce en razón de acción u omisión culposas del obligado, por lo que la ley – constatando esta realidad en la práctica y movida también por el deseo de mejorar la situación probatoria del acreedor

damnificado – con frecuencia presume que la inexecución de la obligación obedece a la culpa del deudor. Esta presunción envuelve la culpa misma y su vínculo causal con el incumplimiento.

Es, entonces, una presunción compleja, pues supone la presencia de dos elementos: el error de conducta del obligado y su relación causal con la inexecución de la prestación. Como lo explican los comentaristas, para que la presunción de culpa tenga verdadera trascendencia e interés práctico es necesario que se extienda a este vínculo causal.

El otro vínculo de causalidad – el que debe existir entre el incumplimiento y el daño experimentado por el acreedor – no se presume y corresponde probarlo al demandante, es decir, al acreedor. Esta tarea probatoria la realiza al demostrar la naturaleza del daño sufrido, toda vez que el actor ha de acreditar que ese daño es directo, lo que significa que es la consecuencia inmediata del incumplimiento, o, en otras palabras, que la inexecución de la obligación explica íntegramente la generación del perjuicio. En síntesis, el demandante debe demostrar que existe una relación directa – de causa a efecto – entre el no cumplimiento de lo pactado y el demérito sufrido.

(...)

Nos encontramos así ante varias causas generadoras de los perjuicios alegados, es decir, ante un problema de pluralidad de causas, el cual se presenta cuando

concurrir varias en la producción del perjuicio, debiéndose establecer cuál es la verdadera. Teniendo en cuenta que todas las circunstancias que acompañan un hecho e inciden en su producción se denominan concausas, deben absolverse varios interrogantes: ¿cuál de dichas concausas produjo realmente el daño? Se pueden hacer distinciones entre ellas? O se debe considerar que todas intervienen de un mismo modo en la generación del daño? Para resolver estas dudas la doctrina, y en ello ha sido seguida por la jurisprudencia, ha elaborado varias tesis, dentro de las que se destacan la llamada “equivalencia de condiciones”, la de la “causalidad adecuada” y una más reciente que tiene relación con la anterior que es la de “causa eficiente”.

La teoría de equivalencia de condiciones o *conditio si ne qua non* es la que ha tenido un mayor reconocimiento en la jurisprudencia colombiana, la cual explica que, como quiera que todas las concausas concurren a la producción del daño, todas ellas deben ser consideradas como causas del mismo, sin que pueda distinguirse entre ellas en razón de la importancia. Por tanto, todas las concausas o condiciones preexistentes tienen el mismo valor, de manera que todas son equivalentes, lo que impide hacer diferenciaciones entre ellas, pues todas son indispensables para producir el resultado dañoso, lo que significa que si falta una, ese resultado no acaecería. Cada una de las condiciones puede ser considerada al mismo tiempo como causa de todo el desenlace final.

Por lo tanto el daño es el resultado de la suma de concausas, en el sentido de que ninguna de éstas pueda suprimirse sin que aquel deje de producirse. Esto pone en

evidencia que todas las concausas son igualmente necesarias para que la consecuencia prejudicial se produzca.

(...)

Es así como la teoría jurídica moderna sobre el Derecho de Daños utiliza la noción de la “causa eficiente” para determinar si existe la necesaria relación de causa a efecto entre los hechos u omisiones a los que se atribuye un determinado demérito patrimonial ajeno y este resultado nocivo. A este respecto la doctrina explica que solo es causa eficiente aquella que por su propia acción es productora de un efecto dado. Debe, por tanto, averiguarse cuál de los eventos intervinientes ha contribuido más poderosamente a que el efecto se logre.

### **RESPONSABILIDAD ESTATAL / Tasación de responsabilidad.**

*SEPULVEDA LOZANO CIA. LTDA. Vs INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU. 5 de mayo de 1997*

En relación con la aplicación del artículo 2.357 del C.C. en materia contractual y con la tasación de responsabilidades, también se ha dicho:

“(...) la disposición más razonable es optar por el criterio de dividir la responsabilidad en proporción con la cuota de causalidad con que ha contribuido el agente a la realización de la lesión. Esta tesis tiene la ventaja de ubicar la cuestión en el terreno de la relación de causalidad, y por ello es preferible a los

sistemas de la división por partes iguales de la división proporcional a la gravedad de la culpa. Si resulta imposible distribuir la responsabilidad proporcionalmente al poder causal, subsidiariamente debe acudirse al criterio de la división por mitad (...). Se subraya. (Consejo de Estado. Sección 3. magistrado Ponente: Manuel Rojas Arbelaez. Expediente 1503. enero 10 de 1975.)

El Consejo de Estado manifestó:

“Por ello no es excusable la conducta del Consorcio quien sin hacer una propuesta con seriedad para poder participar en la licitación. En la valoración de la conducta humana resulta inexcusable semejante proceder. Para la circunstancia que se estudia viene bien el aforismo latino: LA NEGLIGENCIA DEL UNO SE COMPENSA CON LA NEGLIGENCIA DEL OTRO ‘NEGLIGENTIAE AD NEGLIGENTIAM ADMITTITUR COMPENSATIO’ (Las mayúsculas son de la Sala).

Según la jurisprudencia lo ha dejado sentado, para efectos de la dosimetría de la responsabilidad, es preciso determinar si la causa que generó el yerro que propicia la responsabilidad, puede ser imputable en mayor medida a una parte que a la otra. Con tal fin, ha de tenerse en cuenta si alguna de las conductas reprochables de las partes tiene la virtualidad de engendrar el error en la otra. Si así resultare, la parte inicialmente producta del mismo, tendría mayor grado de responsabilidad que la otra, quien de todas maneras estaría incurso en esta, dada la ligereza demostrada, al no advertir el yerro correspondiente.

Si definitivamente no fuere posible determinar lo que podría denominarse la “conducta productora”, lo cual ocurre, por ejemplo, porque el error se ocasionó por comportamientos independientes de las partes que impide establecer que una fue la causa de la otra, habría que, también, con apoyo en la jurisprudencia citada, atribuir la responsabilidad por partes iguales. Este fenómeno lo enunciaban los latinos diciendo “*Quod est causa causae, est etiam causa causati*” (lo que es causa de la causa, es también causa de lo causado).

**RESPONSABILIDAD ESTATAL / Proceso licitatorio y firma del contrato / responsabilidad directa del Estado.**

*PLINCO S.A. Vs. EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. 30 de mayo de 2001.*

Otro punto en la que es enfática la ley 80 de 1993 es en la debida elaboración de los estudios y diseños previos a la apertura del procedimiento licitatorio o de la firma del contrato (art. 25 núm. 12) estableciéndose que serán ineficaces de pleno derecho aquellas estipulaciones que exoneren de responsabilidad a la entidad contratante por los datos, informes y documentos que suministre al contratista (art. 26 núm. 3).

De esta manera cuando una entidad abre un proceso licitatorio basándose en datos erróneos, bajo estudios imprecisos, y sobre esta base adjudica el contrato y se inicia la ejecución del mismo, se convierte en la responsable directa de los daños antijurídicos sufridos por el contratista en virtud de estas imprecisiones.

Por su parte Libardo Rodríguez enmarca esta situación dentro de la teoría de las sujeciones materiales imprevistas, como “aquellas dificultades materiales que se presentan estrechamente relacionadas con la ejecución del contrato, y aunque pudieran ser previsibles por la administración aparecen de manera imprevista para el contratista, haciendo más difícil y gravosa dicha ejecución. Tal es el caso, por ejemplo, de unas condiciones del terreno en que se va a realizar una obra pública, que no coincide con los estudios de suelos entregados al contratista y que por su naturaleza (terreno rocoso, fangoso, etc.), implican un mayor costo de obra. En esas circunstancias, el contratista tiene derecho a recobrar el equilibrio financiero del contrato, a través del pago de los mayores costos necesarios para superar la dificultad.

### **RESPONSABILIDAD ESTATAL / Responsabilidad de los servidores públicos.**

*COOPERADORES I.P.S. S.A. Vs. FIDUCIARIA LA PREVISORA S. A. 10 de abril de 2000.*

En el derecho administrativo, la competencia es del representante legal de la entidad respectiva, quien la podrá delegar total o parcialmente en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o asesor, o en sus equivalentes.

Por demás, en todo caso relacionado con contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de responsabilidad legal, civil y penal al agente principal.

**RESPONSABILIDAD ESTATAL / Incumplimiento de obligaciones / Las cargas de sagacidad, claridad e información.**

*FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ D.C. Vs SOCIEDAD FRANCESA DE EXPORTACION DE MATERIALES SISTEMAS Y SERVICIOS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR SOFREMI. 26 de octubre de 2001*

Hay que advertir, sin embargo, que no se puede hablar propiamente de incumplimiento de contrato. Un contrato no se cumple ni se incumple; las que en realidad se satisfacen o no, se ejecutan o no, se pagan o no se pagan, son las obligaciones que para las partes que lo celebraron nacen del contrato y, por lo mismo, las que se cumplen o se incumplen son esas mismas obligaciones, no el contrato.

Ocurre lo mismo con la llamada responsabilidad contractual en el campo del Derecho Administrativo y, en particular en el Estatuto de Contratación Administrativa. Incorporada esa expresión en el artículo 55 de la Ley 80 de 1.993, que se apoya la demanda de El Fondo, responsabilidad contractual no es nada distinto de lo que la doctrina y la jurisprudencia civiles han entendido por tal, esto es, a la obligación de reparar el daño que nace a cargo del deudor y a favor del acreedor por la violación o incumplimiento de obligaciones nacidas del contrato,

aunque algunos, pocos por cierto, y en contados casos para la Corte Suprema de Justicia Colombiana, entienden, sin embargo, como contractual aquella obligación de reparar el daño que resulta para el deudor por el incumplimiento de cualesquiera obligaciones con independencia de su fuente. Por esto los partidarios de esta tesis o bien dicen que la expresión contractual califica mal el fenómeno en que descansa la idea de responsabilidad, o sugieren para ella un nombre diferente al tradicional cual es el de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

El Código de Comercio, en su artículo 863, dispone terminantemente que, “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual...” De ese modo, la exigencia de proceder con lealtad y corrección que pesa sobre cada quien en todo tiempo, se proyecta y concreta en lo que hace al proceso de formación del contrato, esto es, en cuanto a las negociaciones y a la oferta y su aceptación. Ese deber de conducta de buena fe es ciertamente una “carga”, que se atienden con el cumplimiento de los actos necesarios, cuya omisión según las circunstancias, puede implicar simplemente que el interesado no puede imputarle a la otra parte las consecuencias adversas de aquella y, por tanto, reclamarle incumplimientos sólo a él achacables, o inclusive, puede acarrear la obligación de indemnizarle los perjuicios causados de esta manera, cual lo previene la misma norma.

A propósito de tales deberes, cargas, recientemente, en sentencia de 9 de marzo del año en curso, la Sección 3ª del Consejo de Estado se pronunció así:

“... es necesario recordar que también en la contratación estatal deben observarse las cargas que incumben a las partes, entre ellas, la de sagacidad entendida como la razonable acuciosidad en la adopción de los compromisos y la fijación de la retribución según las circunstancias de las prestaciones estipuladas; la carga de claridad en cuanto quien se obliga debe hacer conocer de la otra parte y conocer a su vez los detalles y circunstancias que integran lo pactado; la carga de información para dar y recibir todos los elementos que conduzcan a una mayor claridad y pureza del consentimiento negocial. Por ello no es viable atender ni a la conducta torpe, pues la regla del *nemo auditur* lo proscribire, ni a la conducta contraria que valiéndose de audacias procura obtener ventajas indebidas ya respecto del contratante, ya respecto de quienes, como ocurre en la contratación pública, concurren a título de proponentes...”

## **8. ECUACIÓN ECONÓMICA**

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Concepto / Restablecimiento del equilibrio / Desarrollo legislativo / Métodos de ajuste / fundamento del equilibrio.**

*GIRALDO SANCHEZ & CIA LTDA. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INVIAS.*  
*15 de mayo de 2000.*

Se enmarca entonces la controversia en el tema de la ecuación económica del contrato, es decir, en el equilibrio que según la ley debe mantenerse entre los derechos y obligaciones a favor y a cargo de los contratantes, al punto que su

rompimiento obliga a las partes a restablecer la igualdad mediante la toma de medidas que sean necesarias para ello; precisamente para asegurar el mantenimiento de la equivalencia en las mutuas prestaciones contenidas en el contrato, la ley permite el pacto de fórmulas de reajuste de precios, como en efecto lo convinieron las partes en el contrato.

El principio de la equivalencia económica del contrato administrativo surgió en Colombia, en el ámbito legislativo, en 1964, como consecuencia de la fuerte devaluación del peso colombiano. La ley 4 de dicho año dispuso en su artículo 11 que en los contratos de obra a precios unitarios, los precios se revisarían “en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los contratos previstos”.

La legislación que hasta ahora se ha comentado, no obstante que fue desarrollando el principio del equilibrio económico en los contratos estatales, no imponía a la administración, como regla general, la obligación de restablecer la simetría financiera pactada en el contrato, cuando ella fuera rota por cualquier circunstancia no imputable al contratista; solamente con la expedición de la ley 80 de 1993, que aún hoy regula la contratación pública y que es la ley del contrato debatido en el proceso, se consagro de manera definitiva y categórica que: “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.” (artículo 27, inc. 1, art. 4 núm. 8, art. 5 núm. 1, art. 14 núm. 1 inc. 2, art. 25 núm. 13 y 14, art. 28.).

Los antecedentes legislativos y jurisprudenciales, así como la normatividad vigente, apuntan a asegurar que las partes vinculadas al contrato administrativo conozcan desde el momento mismo de la celebración de su negocio jurídico cuál es el beneficio que derivarán del mismo: por una parte, la administración espera la realización de los fines mismos del Estado; y, por otra, el contratista, la obtención de un beneficio económico, que ha resultado como excedente de sus cálculos de costos y gastos realizados previamente a la celebración del contrato, y que considera compensatorio de la obra a realizar. Esa conmutatividad se regula por las cláusulas contractuales, conviniendo los precios que muchas veces se someten a métodos de ajustes cuyo objetivo no es otro que el de preservar, en el tiempo, la equivalencia de las mutuas prestaciones a lo largo de la ejecución y desarrollo del contrato, de manera que el contratista, ante el acontecimiento de circunstancias ajenas y externas a las partes, sobrevinientes a la celebración del contrato, perciba en todo caso la remuneración pactada. Nada más, pero tampoco nada menos.

Jurisprudencia:

- Consejo de Estado, sentencia 9 de mayo de 1996: “El anterior criterio legislativo y jurisprudencial se mantuvo y reforzó con la expedición de la ley 80 de 1993, constitutivo de la tercera etapa de esta evolución normativa, al disponer con carácter imperativo, como una contraprestación a cargo de la administración, la obligación de mantener el equilibrio financiero del contrato. Para ello se otorgaron a las entidades todas las facultades necesarias para que a través de acuerdos,

pactos, o en forma unilateral, adopten las medidas indispensables para mantener ese equilibrio, es decir, para que el contratista obtenga beneficio económico inicialmente pactado y, consecuentemente, pueda conseguir las ganancias razonables que hubiera podido percibir de haberse ejecutado el contrato en las condiciones originalmente convenidas”.

- Laudo Arbitral que resolvió las diferencias entre la sociedad “Sepulveda Lozano CIA Ltda.” contra el municipio de Villavicencio: “Desde el momento en que se consideró al contratista de la administración como su colaborador, aunque interesado pecuniariamente y subordinado jurídicamente, el derecho público ha venido señalando con base, además, en los fundamentos de la buena fe contractual, la equidad y el principio de igualdad ante las cargas públicas, la obligación de aplicar el principio general del equilibrio económico y financiero del contrato. Al contratista debe respetársele la utilidad esperada en todos los casos en que el daño se haya causado sin su voluntad, porque esos principios deben presidir la responsabilidad de la administración tanto contractual como extracontractual”.

- Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre el Consorcio Impregilo S.p.A – ESTRUCO S.A. contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá: “La noción del equilibrio económico de los contratos, que su fundamento esencial se encuentra en la relación establecida por las partes entre las prestaciones recíprocas en el momento de celebrar el contrato, relación o equilibrio que no puede verse variado durante la ejecución del contrato; trátase, entonces, de la intangibilidad de la remuneración del contratista, la cual no

puede ser alterada en la vida del contrato y, de serlo, por causa distinta del acuerdo de voluntades debe restablecerse.”

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Concepto / Desarrollo legislativo / Riesgos previsibles / Prerrogativas de poder público**

*CONSORCIO CONTRATISTA SKANSKA, CONCIVILES Vs. URRRA S.A. E.S.P. 16 de mayo de 2001.*

Como todo acto jurídico, el contrato administrativo es concertado en consideración de una cierta situación de hecho que puede cambiar en el futuro, y en todo caso evoluciona. Si los cambios son normales, son los riesgos previsibles que necesariamente debe asumir cada contratista. Si van más allá de las previsiones de las partes, pueden afectar la economía del contrato en proporción a su gravedad, o hacer imposible su ejecución en casos extremos. Estas eventualidades, son de ocurrencia, especialmente, en los contratos de larga duración.

El contrato administrativos que se enmarca en principios finalistas de interés general y servicio público, en el que la administración, por el hecho de ser contratante, no se despoja de sus prerrogativas de poder público, se caracteriza, por naturaleza, de la necesaria mutabilidad de sus estipulaciones, que ceden ante la obligada satisfacción del interés general, que en relación contractual representa la administración. Paralelamente, al ser imperativo para el Estado establecer y garantizar el funcionamiento de los servicios públicos, la necesidad de que se

ejecuten normalmente los contratos que atienden a esta finalidad, se destaca también como de interés general.

Expone el profesor Laubadere al confrontar el derecho civil contractual y el derecho de los contratos administrativos que:

“Para comenzar, la noción de una cierta MUTABILIDAD, o, si se prefiere, de un cierto DINAMISMO. El derecho privado adopta una concepción estática del contrato, hace prevalecer la noción de inmutabilidad rigurosa, de “ley de las partes”, en las cuales él ve las garantías fundamentales de la seguridad de las relaciones jurídicas. Si el derecho de los contratos administrativos no ignora estas exigencias de seguridad, él las combina con las de la evolución de las necesidades del servicio público, y más generalmente, del CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS. Sería ciertamente excesivo, retomando una expresión conocida, que, en su ejecución, el contrato administrativo es una “creación continua”; al menos conlleva él un elemento indiscutiblemente original de fuerza evolutiva. Esta característica comprometería demasiado la seguridad contractual si ella no fuere compensada por otra noción propia de los contratos administrativos, la del EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO. El derecho civil asegura el mantenimiento del equilibrio contractual por la inmutabilidad de sus elementos iniciales. El derecho administrativo, que admite posibles causas de transformación de estos elementos, es llevado a situar este mantenimiento del equilibrio inicial en el principio de su restablecimiento con ocasión de sus eventuales rupturas.

El contrato administrativo, cuando se observa el régimen jurídico de su ejecución, aparece así. A consecuencia de las características generales que le son propias, como un sistema de equilibrio global, animado de una vida particular, de un dinamismo ignorado por el derecho civil.”

Las características de la contratación administrativa, han llevado a la doctrina, la jurisprudencia y al legislador, a buscar la seguridad jurídica de las partes en el contrato en escenarios diferentes y, a auspiciar soluciones que se inspiran fundamentalmente en principios de equidad, buena fe, y en el interés de la administración de amparar y obtener el cumplimiento de los contratos que celebre.

La noción de “equilibrio económico o financiero del contrato”, es un principio general de derecho público de común aplicación por el juez del contrato administrativo, que postula como regla esencial del contrato administrativo, la de mantener durante su ejecución, la equivalencia de las prestaciones mutuas establecidas por las partes al celebrar el contrato, que se consideran determinadas por las circunstancias de hecho existentes en ese momento. Si hechos posteriores, alteran esa relación, en detrimento de una de las partes, ésta debe restablecerse. Es la seguridad jurídica que debe amparar a los contratantes durante la ejecución de su contrato, frente a decisiones o hechos que alteren la ecuación financiera establecida por las partes al contratar.

La noción jurídica de equilibrio económico del contrato es de origen jurisprudencial. Se debe al Consejo de Estado de Francia y se remonta a los

albores del siglo XX. Se debe a León Blum, en las conclusiones presentadas, en 1910, en el caso de la “Cie Francaise de Tranways”, en conceptos que, relacionados con un contrato de concesión de transporte público, hicieron pronto tránsito a convertirse en uno de los pilares fundamentales de la contratación administrativa contemporánea.

Hasta 1964, rigió en Colombia el dogma de intangibilidad de las estipulaciones contractuales consagrado en el derecho civil. Dentro de este criterio de rigidez contractual, *pacta sunt servanda*, se pronunciaba la jurisprudencia. Así la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Civil de única instancia, que conocía entonces de ciertos contratos de la administración nacional, dijo en sentencia de 19 de abril de 1940:

“ Aceptada por el Estado una obligación contractual, su cumplimiento es ineludible, sin que puedan interpretarse las leyes nuevas expedidas posteriormente a la celebración del contrato en el sentido de hacer más gravosas las prestaciones a que está obligada la parte contratante. Eso equivaldría a modificar unilateralmente el contrato, lo cual se opondría a los principios de derecho, a la equidad y a la estabilidad de las instituciones jurídicas”.

En la legislación colombiana, por primera vez y en relación a los contratos de obra pública, aparece la revisión de precios en la Ley 4 de 1964, que en su artículo 11 le da carácter obligatorio:

“En los contratos a que se refiere el literal a) del artículo 2° (para construcción, mejoras, adiciones o conservación, por un precio alzado o a precios unitarios) se

pactarán revisiones periódicas del precio alzado o de los precios unitarios, en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los contratos previstos”.

Posteriormente, al adoptarse el primer estatuto contractual de la Nación, en el Decreto 1670 de 1975, y en el año siguiente el Decreto 150 de 1976, se reiteró el mismo principio, pero con carácter facultativo, al emplear la expresión “podrán”, como aparece en el texto del Artículo 74 del Decreto 150 de 1976.

En 1972, el Consejo de Estado, Sala de Consulta, incorporó a la jurisprudencia Nacional el principio del equilibrio económico del contrato, señalando su alcance, en concepto relacionado con un contrato de explotación de petróleos celebrado con el Gobierno Nacional – Caso en el que se discutía la no aplicación de una ley nueva sobre régimen tributario, frente a una cláusula contractual que incorporaba al contrato el régimen impositivo existente al momento de contratar - concepto que tubo amplia acogida en la Jurisprudencia de los Tribunales Administrativos y en leyes posteriores.

Dijo entonces el Consejo de Estado:

“Por el contrario si el régimen jurídico del contrato administrativo impone la prevalencia del interés público sobre el privado, lo hace sin menoscabo de la protección que este requiere. Ciertamente el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que busca satisfacer el interés general, pero si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses de particulares, la administración

está obligada ha reparar el daño causado, dentro del marco de disposiciones legales y principios jurídicos que establecen en el derecho Colombiano la oportunidad, razón y cuantía de éstas reparaciones.

La teoría Jurídica moderna define con toda claridad la responsabilidad de la administración pública y en materia contractual la ha enriquecido con nuevas concepciones que buscan justa y razonable armonía entre el interés público que personifica la administración y el interés de los particulares que prestan directa o indirectamente su colaboración para el funcionamiento de los servicios públicos o asumen su prestación.

El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia a favor de la administración de prerrogativas exorbitantes del derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del cocontratante al respeto del equilibrio financiero considerado en el contrato. Es en equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato.” (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil., Ponente Consejero Hernández Mora. Concepto de marzo 11 de 1972. Radicación 561).

Con este concepto de la Sala de Consulta estuvo en desacuerdo el Consejero Luis Carlos Sachica, que se opuso a la incorporación al régimen jurídico del contrato administrativo, del principio de equilibrio financiero del contrato, con argumentos exegéticos de la mejor estirpe civilista. Expresó entonces:

“No estamos de acuerdo con que pueda acudirse a la teoría del equilibrio financiero, para conceptuar que la administración si puede modificar unilateralmente el contrato, indemnizando el perjuicio que sufra el contratista,. Entre nosotros, fuera de las normas que señalan las formalidades a que deban sujetarse los contratos administrativos y lo que dispone el Código Contencioso Administrativo sobre cláusula de caducidad, no existe regulación alguna especial sobre ejecución y efectos de tales contratos, de donde es preciso concluir como lo dijo la Corte Suprema de Justicia que “en cuanto a la ejecución y cumplimiento y a las consecuencias jurídicas que de ello se deriva – están sujetos a las disposiciones del código civil y que, en consecuencia, los contratos administrativos no pueden modificarse unilateralmente por una de las partes. (Sala Plena Mayo 9 de 1938. G.J. No . 1935, pág. 492 )”

En 1982, en el Decreto- Ley 262 de ese año, se expidió un nuevo estatuto contractual de la Nación y de las entidades descentralizadas del Nivel Nacional.

En este Decreto, vigente al momento de celebrarse el contrato CLI-065-85 se dijo en relación con este tema:

“Artículo 85. De la revisión de Precios. – En los contratos celebrados a precio global o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos. (...)”

el proceso legislativo referente al establecimiento del régimen jurídico de los contratos que celebra la administración, culmina con la Ley 80 de 1993. En este “Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública”, en diferentes preceptos se consagra la noción de “equilibrio económico del contrato” en términos que por su carácter de norma obligatoria para la administración y los particulares que contratan con ella, en la ejecución de los contratos estatales, se les atribuye el rango de disposición de orden público, de inmediata observancia, que no pueden eludir, modificar, o limitar las partes contratantes, y de imperativa observancia en la interpretación de los contratos, para determinar el alcance de las prestaciones asumidas o que resulten a cargo de cada una de ellas, por hechos ajenos a estas que ocurran durante su ejecución.

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Concepto / Alea anormal / Aplicación y objetivo de la teoría del desequilibrio.**

*CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE FENALCO, COMFENALCO Vs. CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, CAJANAL. 24 de octubre de 2001.*

“Desde hace más de 20 años el Consejo de Estado ha venido admitiendo jurisprudencialmente en Colombia la validez y aplicabilidad de la teoría del mantenimiento del equilibrio financiero del contrato administrativo, como un principio de orden público que no puede ser derogado por el convenio particular que celebre la administración con el contratista: Se trata de la contrapartida necesaria a los poderes exorbitantes del Estado contratante. En la actualidad se trata de un principio plasmado en nuestra legislación, tal como lo establece el

artículo 27 de la Ley 80 de 1993, como uno de los derechos fundamentales que tiene el contratista, y como uno de los deberes de la administración para con el mismo”. (Laudo Arbitral: Orlando Riascos y CIA. S. en C. Vs. FONDO DE EDUCACIÓN Y SEGURIDAD VIAL DEL DATT- FONDATT – Arbitros: Martha Cediél de Peña, María Leonor Villamizar y Laureano Gómez Serrano. 26 de enero de 2001; págs. 19 y ss).

En lo que hace a los riesgos que deben o pueden ser objeto de reparación por desequilibrio, la ley 80 de 1993 no contiene previsiones especiales. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia, tanto comercial como administrativa, no aceptan como fundamento de la reparación, la ocurrencia de *aleas* normales del negocio.

Nunca podría aceptarse la teoría del desequilibrio económico cuando se trata de un riesgo ordinario o normal que el contratista, dadas sus especiales características, habría tenido que estudiar, evaluar y prever, al momento de proponer y contratar.

En el ámbito comercial y obviamente en el ámbito administrativo, cada cual es guardián de sus propios intereses, por tanto, las partes tienen el deber de informarse por sus propios medios sobre las circunstancias que puedan rodear el desarrollo de un contrato que esperan celebrar. Obrar de esta manera forma parte no solamente de los deberes de un buen hombre de negocios, sino también de las obligaciones que deben cumplir los administradores, tanto públicos como privados.

La aplicación de la teoría del desequilibrio, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, exige que la misma se haga frente a la ejecución total del contrato y no frente a períodos del mismo, cuando éste fenómeno se analiza al llevarse a cabo la liquidación de este negocio jurídico. Es evidente, que un contratista a podido prever pérdidas para los primeros años de ejecución, las cuales en todo caso podrían ser compensadas con ganancias para los últimos años, lo cual arrojaría como resultado final una ecuación económica equilibrada.

Lo que la teoría del desequilibrio económico pretende restablecer es que el contratista pueda obtener los beneficios y utilidades contractualmente presupuestados y no las pérdidas que durante una determinada etapa del contrato hubiera podido sufrir.

### **EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Concepto / Factores determinantes del equilibrio.**

*INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S. A. DE C. V- ICA. 30 de noviembre de 2000.*

Ahora bien: el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 dispone que “en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones al momento de proponer o de contratar, según el caso”, consagración explícita del principio del mantenimiento del equilibrio o ecuación financiera del contrato estatal. Dicho equilibrio, en opinión del Tribunal, debe quedar conformado por elementos concretos, objetivos y conocidos por las partes. Por ello, la ley

menciona como factores determinantes del mencionado equilibrio los derechos y obligaciones derivados de la respectiva relación contractual, lo que implica que ha de tratarse de factores que las partes han propuesto, evaluado, discutido, negociado y convenido, pues es obvio que nadie se obliga conscientemente sin haber sopesado previamente el contenido y alcance de los compromisos que va a adquirir y de las contraprestaciones que recibirá a cambio.

Razones de seguridad jurídica impiden admitir, entonces, como elementos integrantes del equilibrio financiero del negocio, las consideraciones subjetivas de una de las partes en la relación contractual, sus reservas mentales, evaluaciones particulares o suposiciones teóricas, si antes de la celebración del vínculo no han sido dadas a conocer a la otra parte, que podría ser sorprendida con lucubraciones ignoradas por ella y que no podía anticipar con certeza y precisión razonables.

La doctrina señala sobre el particular que “el equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ‘ecuación’ (equivalencia – igualdad); ésta última no puede ser alterada”. (Miguel S. Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III A, Contratos Administrativos. Teoría General, pág. 470).

En idéntico sentido se apunta que “el contrato administrativo, en el momento en que es celebrado, importa para el cocontratante una situación general que es tenida en cuenta por él y que resulta de cierto equilibrio económico-financiero, y que surge de la idea de considerar el contrato como un todo en el cual los intereses de las partes que en él participan se consideran, intereses que son, por un lado, el de la administración en satisfacer por ese medio el interés público y, por el otro, el del particular en lograr un beneficio inicialmente calculado”. (Héctor Jorge Escola, “Tratado Integral de los Contratos Administrativos”, Vol. I. Parte General, pág. 452).

Con apego a esa misma filosofía, la legislación española relativa al régimen de contratación de las corporaciones locales dispone, en punto de contratos de concesión, que es preciso diferenciar el servicio objeto de la concesión y “la retribución económica del concesionario, cuyo equilibrio a tenor de las bases que hubieran servido para su otorgamiento deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiera satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial” (Citado por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 8 Ed., 1998, Vol. I, pág. 730).

En opinión del Tribunal los factores integrantes de la ecuación financiera del contrato, de la “equivalencia honesta de las prestaciones” que de él surgen, han de ser conocidos en forma clara e inequívoca por ambas partes en el momento en

que perfeccione el contrato. En efecto, como lo expresa André de Laubadere, el equilibrio financiero es la equivalencia aproximada entre cargas y ventajas “que el contratista ha tomado en consideración ‘como un cálculo’, al momento de la conclusión del contrato y que lo han determinado al contratar. Es cuando este balance razonable se rompe, que puede parecer equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como elemento determinante del contrato”. (André de Laubadere, Frank Moderne y Pierre Delvolvé, <<Traité des Contrats Administratifs>> , 2 edición, 1983, Tomo I, No. 718, pág. 717).

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Concepto / Rompimiento por causas inimputables al contratista.**

*INCOEQUIPOS S. A. Y SALEH Y TORRES LTDA. Vs. COINCO LTDA. 6 de junio de 2001.*

Los artículos 3, 5, 26 y 27 de la Ley 80 de 1993 y 16 de la Ley 446 de 1998 consagran el derecho del contratista a que el equilibrio económico del contrato se mantenga durante toda la vida del mismo y en caso de que así no suceda, la ecuación financiera del mismo debe ser restablecida.

“La ecuación financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no. En otros términos, la sala considera que es el propio legislador quien fija las reglas tendientes a procurar el mantenimiento del equilibrio económico del contrato conmutativo cuando éste se rompa en aquellos casos no imputables al contratista,

por distintas circunstancias. Frente al mandato legal, mal podría el juez de dicho contrato desconocer, sin razón, tales preceptos normativos”. (Sentencia de octubre 24 de 1996, expediente 11.632, Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández).

La Ley 80 de 1993 pretende que las relaciones contractuales entre el Estado y los particulares conduzcan al efectivo logro de los fines pretendidos tanto por la Administración – el interés social – como por el contratista particular – la retribución - o sea una legítima ganancia.

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Concepto / Facultades exorbitantes del Estado / Restablecimiento del equilibrio / Concepto.**

*CONCESION SANTA MARTA – PARAGUACHON S.A. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INVIAS. 24 de agosto de 2001.*

El equilibrio económico del contrato administrativo, como imperativo regente del contrato público, encontró expresa consagración legal en el Decreto Ley 222 de 1983 y en la Ley 19 de 1982 –ley de facultades para su expedición -, estatutos en los que la voluntad legislativa se concretó en la consagración de fórmulas o reglas de obligatoria observancia que procuraran mantener indemne al contratista ante el ejercicio de las facultades exorbitantes del Estado, o la ocurrencia de circunstancias imprevista que imponían, o bien la concertación de precios nuevos para actividades o ítems no previstos inicialmente, o bien la revisión de la remuneración pactada, cuando ella resultara afectada de manera sobreviniente

por hechos cuyos efectos no fueren sopesados –ni debieron serlo- por las partes al celebrar el contrato, todo dentro de la finalidad concreta que desde antaño el mismo legislador atribuyó a la contratación pública: la realización de los fines del estado y la consiguiente preservación del patrimonio del particular que se vea expuesto a tal propósito, principio este último de origen constitucional.

Desde entonces, se concibió lo que aún se conoce como la “Ecuación Financiera de los contratos de la administración”:

**“Ecuación Financiera.** *La regla de que los contratos deben ejecutarse de buena fe no es exclusiva del derecho privado; es un principio general y por lo tanto rige también en el derecho administrativo. De ahí deriva que las potestades excepcionales que posee la administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses públicos, no puede significar el desconocimiento de los derechos de quienes han contratado con ella. Esto se logra protegiendo el resultado económico que perseguía el contratante, es decir, usando la denominación generalizada en el derecho francés la ecuación financiera del contrato.*

*Dicho objetivo se alcanza de diversas maneras; negando a la administración el derecho de modificar las cláusulas de contenido puramente patrimonial, resarcando al contratante los perjuicios que le causen las modificaciones, ampliaciones o supresiones dispuestas por la administración; responsabilizando a ésta por el incumplimiento de sus obligaciones, etc.*

*En todos los casos la situación del contratante debe ser finalmente tal que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originarias. La situación del contratante en este aspecto resulta a veces más ventajosa que si estuviera bajo las reglas del derecho privado, como lo demuestra la elaboración jurisprudencial y doctrinaria sobre la teoría de la imprevisión". (CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de marzo 11 de 1972.)*

Por lo anterior, resulta claro para el Tribunal que el restablecimiento del equilibrio económico de un contrato estatal constituye, más que un pacto contractual, un mandato legal a cuyo cumplimiento se encuentran compelidas las partes, cuando el equivalente económico pactado se afecte en perjuicio de cualquiera de ellas por hechos que no le sean imputables o por cuya ocurrencia no sean responsables; ello, no constituye una novedad en la jurisprudencia colombiana, ni su tratamiento, efectos y obligatoriedad cambiaron con la expedición de la Ley 80 de 1993.

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Rompimiento de la ecuación contractual / Alea normal / Alea anormal.**

*INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S. A. DE C. V- ICA. 30 de noviembre de 2000.*

Sobre el particular, el Tribunal considera que se hace necesario distinguir entre las interrupciones normales, porque las causas que las ocasionan lo son, y las

interrupciones anormales, excepcionales, porque las causas que las determinan ostentan los mismos rasgos de anormalidad y excepcionalidad, y estima que las primeras son constitutivas del álea normal que corre por cuenta del contratista, al paso que las segundas no tiene por qué asumirlas éste. En efecto, cuando el proponente estudia el programa de obra que plantea llevar a cabo, uno de los aspectos que debe considerar para estructurar su propuesta es el de la continuidad de las obras y de los trabajos que habrá de desarrollar, como base indispensable para calcular sus propios costos. Así las cosas, si la mencionada continuidad se ve afectada por factores exógenos no imputables al contratista, que aparejan un aumento de los costos, no se vislumbra cuál pueda ser la razón que justifique que tal aumento deba ser asumido por él, porque el referido incremento viene a constituirse en un álea anormal que, como es sabido, debe ser asumido y pagado por la entidad contratante.

No se trata, en efecto, de los denominados “riesgos empresariales” o áleas normales que corresponden al giro ordinario de la empresa y que el contratista debió haber previsto al momento de presentar su propuesta o celebrar el contrato, sino de los llamados “riesgos externos”, que constituyen áleas anormales y por completo “ajenos al círculo propio del sujeto afectado o empresario que alteran la equivalencia económica del contrato” (RODRIGO ESCOBAR GIL, “Teoría General de los Contratos de la Administración Pública”, 1 edición, Legis 1999, Pág. 403), a los cuales responde, justamente, la previsión contenida en el artículo 27 d la Ley 80 de 1993, que otorga a las partes del contrato estatal el derecho a solicitar el restablecimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones

surgidos al momento de proponer o contratar, si ésta se quiebra “por causas no imputables a quien resulte afectado”. Se está entonces en presencia de hechos “sobrevinientes y externos a la organización empresarial, que racionalmente no se pueden prever a la celebración del contrato, lo que justifica que se imputen a la entidad estatal por motivos de interés público” (ESCOBAR GIL, op. cit. P. 404 y 406), con apoyo en los principios de garantía del patrimonio económico, de la reciprocidad de las prestaciones y de la buena fe.

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO /Obligación de carácter imperativo / Rompimiento de la ecuación / Causas legales e ilegales / Teoría de la imprevisión.**

*INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S. A. DE C. V- ICA. 30 de noviembre de 2000.*

Posteriormente la ley 80 de 1993, con apoyo en los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales reiteró y complementó el régimen del principio en cuestión, en varias disposiciones que consagro al efecto, en especial el artículo 3, sobre los fines de la contratación estatal; el artículo 4 que versa sobre los Derechos y los Deberes de las Entidades Estatales; el artículo 5 que consagra los Derechos y Deberes de los Contratistas; el artículo 26 relativo al Principio de Responsabilidad; el artículo 27 sobre la Ecuación Contractual y el artículo 28 que se refiere a la interpretación de las Reglas Contractuales.

Así las cosas, tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado, el anterior criterio legislativo (plasmado en el Decreto Ley 222 de 1983” “se mantuvo y se reforzó con la expedición de la Ley 80 de 1993 al disponer con carácter imperativo, como una prestación a cargo de la administración la obligación de mantener el equilibrio financiero del contrato, es decir, para que el contratista obtenga el beneficio económico inicialmente pactado y, consecuentemente, pueda conseguir las ganancias razonables derivadas del cumplimiento del contrato...” (Sentencia de la Sección Tercera del 9 de mayo 1996, Expediente 10151).

Lo hasta aquí expuesto permite inferir que la ruptura del principio del equilibrio financiero o económico de los denominados contratos administrativos puede tener origen no sólo en causales legales atribuibles a la administración, como acontece con el jus variandi y el factum principis, sino también por la ocurrencia de hechos ajenos a la misma o a las partes o tipificadores de la doctrina de la imprevisión, que hoy encuentra fundamento legal.

Empero, el mencionado postulado puede verse afectado no sólo por causas legales, como las ya reseñadas, sino por motivos contrarios a la ley, como cuando la Administración incumple las obligaciones contractuales a su cargo, lo cual se traduce en que se debe restaurar el equilibrio mediante la reparación del perjuicio ocasionado a la otra parte, sobre el supuesto que se trata de una relación contractual conmutativa y onerosa. Claro está, y es oportuno hacer aquí la aclaración, no se debe confundir la actuación de la administración con apoyo en el

jus variandi o en el hecho del príncipe, que son causas lícitas, con el incumplimiento de aquella de las obligaciones contractuales a su cargo, que entraña una conducta ilícita o contraria a la ley. No obstante la diferencia reseñada, en ambos casos, cuando se produce un daño que altera el equilibrio económico del contrato, este debe ser reparado en su integridad, y ciertamente es éste el criterio que predomina fundamentalmente en la doctrina.

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Desequilibrio de la ecuación / Circunstancias sobrevinientes.**

*MALLAS EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES LTDA., MAECO LTDA. Vs. FONDO NACIONAL DEL AHORRO. 10 de marzo de 1999.*

(...)

El Tribunal ha declarado que en el transcurso del contrato que es objeto de este litigio, se presentaron circunstancias sobrevinientes, no imputables al contratista, que derivaron en la prolongación del plazo y del valor del contrato, como lo hicieron constar las partes en sendos contratos adicionales, que se han traído como prueba a este proceso, motivo por el cual, aún cuando el Fondo no haya incumplido el contrato, hay lugar a reconocer compensaciones en favor del contratista, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20 del decreto ley 222 de 1983, norma vigente para la época de suscripción del contrato.

(...)

Por otra parte, el Tribunal recoge los planteamientos de la doctrina sobre el sentido del literal c) del Artículo 20 del decreto 222 de 1983, norma que se debe aplicar obligatoriamente a este caso, para determinar que en el caso de este contrato, la norma del derecho al restablecimiento lo es exclusivamente del contratista y no a favor del Estado.

(...)

Está probado en el proceso que el contrato original de obra pública celebrado entre Maeco y el Fondo, fue prorrogado en dos oportunidades por acuerdo mutuo, sin que para ello importe que las solicitudes de prórroga las hubiese formulado la parte demandante, puesto que al fin y al cabo lo fundamental es el acuerdo contractual o el "concurso real de las voluntades de dos o más personas" (art. 1494 C.C.) que además es fuente de obligaciones, que vincula a las partes, máxime si se trata de un contrato oneroso y conmutativo como es el de obras públicas, definido para la época de la relación contractual por el artículo 81 del decreto 222 de 1983. Es obvio que si el término de ejecución de un contrato de obra pública se prorroga por la libre voluntad de las partes contratantes, no se puede afirmar que ello obedezca a la conducta o comportamiento de alguna de ellas, salvo que así se exprese en el respectivo acuerdo.

(...)

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Alteración de la ecuación / Circunstancias ajenas al contratista / Causas directas o indirectamente imputables a la administración.**

*MALLAS EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES LTDA., MAECO LTDA. Vs. FONDO NACIONAL DEL AHORRO. 10 de marzo de 1999*

Es natural que en todo contrato administrativo el contratista busca su interés financiero, su legítimo beneficio y precisamente por ello la doctrina y la jurisprudencia han señalado el criterio de que aquél tiene derecho a que se le asegure ese beneficio, el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o restablecimiento de la ecuación financiera del mismo, que no es sino aplicación del principio de la intangibilidad de la remuneración del contratista.

La equivalencia, ecuación o igualdad resultante de la relación contractual, no puede ser alterada en el desarrollo o ejecución del contrato, y de allí nace el deber de la administración de colocar al contratista en condiciones de cumplir el contrato, y a que se le restituya o se le indemnice las mayores cargas a que se haya visto obligado a asumir.

Es obvio que el menoscabo o alteración del equilibrio económico financiero puede surgir por causas imputables directa o indirectamente a la administración o por causas no imputables a la misma, ya sea por circunstancias imprevistas o no tenidas en cuenta al momento de la celebración del contrato, o lo que se llama el aleas económica extra-estatal, por lo que dicha ecuación financiera opera como

principio contractual implícito en todos los contratos de la administración pública, que no requiere pactarse expresamente, sin que ello sea óbice para que las partes puedan pactar fórmulas de reajuste, tal como ha acontecido en el presente asunto.

Por tanto, los mayores costos o pérdidas sufridas por el contratista requieren ser restituidas tal como se ha precisado en esta providencia al estudiar y analizar determinadas pretensiones de la demanda.

(...)

El Tribunal encuentra que no es necesaria ni procedente la declaración de nulidad parcial del acta de liquidación final del contrato y sus adicionales, como quiera que para que puedan prosperar las solicitudes de compensación y restablecimiento no es requisito previo para declarar la nulidad del acuerdo de voluntades que se plasma en dicha acta.

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Objetivo / Causas del desequilibrio / Poderes exorbitantes / Indemnización.**

*COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A. Vs. LA NACION - MINISTERIO DE COMUNICACIONES. 10 de mayo de 2000.*

El principio general del equilibrio económico del contrato busca que las condiciones económicas al momento de contratar, se mantengan durante todo su desarrollo. En la contratación administrativa se reconoce que el contratista contrata con la administración pública, con el objeto de obtener un beneficio, el cual, si sufre un menoscabo, le debe ser restablecido en las condiciones de ley.

La ley 80 de 1993 en su artículo 3 garantiza a los contratistas la protección de sus utilidades cuando contratan con el Estado. El artículo 4 a su vez establece como deber de las entidades estatales el adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer o de contratar.

Para el Tribunal el equilibrio contractual puede romperse por causas imputables a las partes y por causas ajenas a las partes. Entre las primeras se encuentra la utilización de poderes exorbitantes que tiene la administración en materia contractual, como son: la declaratoria de caducidad y la modificación, terminación e interpretación unilaterales del contrato. En estos casos la administración, al imponer nuevas cargas al contratista, debe indemnizarlo, con base en el principio de equidad.

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Rompimiento del equilibrio / Circunstancias ajenas al contratista.**

*MALLAS EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES LTDA., MAECO LTDA. Vs. FONDO NACIONAL DEL AHORRO. 10 de marzo de 1999.*

No considera el Tribunal que los hechos que se analizan en este acápite sean constitutivos de un rompimiento del equilibrio económico del contrato, por cuanto esta institución de la contratación estatal tiene como elemento fáctico, básico, la

no participación del contratista en los hechos que dan lugar a la alteración de las circunstancias del contrato.

(...)Las eventualidades previstas para dicho rompimiento son todas circunstancias ajenas al contratista, como lo son, el derecho de variación del contrato por parte de la administración, el hecho del príncipe, las circunstancias sobrevivientes imprevisibles y la alteración de precios por la variación de capacidad adquisitiva de la moneda.

Es claro que en el presente caso la voluntad del contratista intervino de manera decisiva en la nueva forma de ejecución del contrato, surgida de los contratos adicionales, según la cual, dicha prórroga no tenía previsto un pago de anticipo sino un pago contra actas de obra ejecutada, esto es, un pago por instalamentos. Dicho de otra manera, el contratista tuvo la posibilidad de exigir el pago del anticipo sobre el precio adicional como requisito para la prórroga de los contratos, a fin de obtener su inclusión dentro del pacto o, al menos, de advertir la falta de voluntad en el pacto del precio adicional, como quedó establecido en los contratos adicionales, para que el juzgador tuviera alguna base para estimar la viabilidad de esta petición. Como ello no se ha apreciado en este caso, concluye el Tribunal que la ejecución del contrato en la parte de los términos adicionales, transcurrió bajo una forma de pago que surgió de la voluntad de las partes - entre éstas el contratista - y por tanto no se presenta rompimiento del equilibrio económico del contrato en este caso.

(...)

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Revisión o ajuste de precios / concepto y objetivo / Precio global y unitario / Formulas polinómicas.**

*EQUIPO UNIVERSAL Y CIA. LTDA. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INVIAS. 11 de agosto de 2000.*

Una de las formas para determinar la igualdad financiera en un contrato de obra es incluir en los contratos estatales fórmulas polinómicas que buscan permitir realizar un cálculo matemático, lo más preciso y acertado posible, para determinar la incidencia que las variaciones de los diversos componentes básicos de la obra tengan en los precios reales de la misma.

La revisión o el ajuste de precios es un derecho de las partes contratantes, pues opera en beneficio recíproco tanto de la entidad contratante como del contratista colaborador del estado; es de orden público – **lo que lo hace irrenunciable por los interesados con carácter general de suscribir el contrato, según lo disponen los artículos 15 y 16 del C.C.** - y de obligatoria estipulación en todos aquellos contratos estatales que contengan los supuestos necesarios para su aplicación, principalmente en los de obra, consecución y suministro de bienes o servicios cuya ejecución se prolongue en el tiempo.

La revisión o el ajuste no opera sobre el precio global o estimado del contrato porque éste es, apenas, una mera prospección, sino sobre los precios unitarios asignados a los diversos ítems o componentes que integran la obra, servicio o suministro de que se trate, en tanto y en cuanto el ajuste no haya quedado

cubierto por la aplicación de índices vigentes cuando se hicieron pagos anticipados y a medida que el contrato vaya siendo ejecutado. De allí las fórmulas polinómicas que se utilicen deban “cubrir la totalidad de los mayores costos de los componentes que integran las obras, servicios o suministros, o por lo menos, de los más representativos, con el objeto que tengan la virtualidad adecuada para restablecer la equivalencia económica del contrato” y, principalmente, que deban incorporar aquellos índices “que permitan reconocer al contratista el detrimento patrimonial que pueda sufrir entre el momento en que debió cumplir la prestación conforme al cronograma de obra o de ejecución del contrato y el momento en que la entidad pública proceda al pago o abono de los trabajos”. (Escobar Gil, la revisión de precios en la contratación administrativa. Civitas, Madrid, 1980).

### **EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Revisión de precios.**

*EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS, FERROVIAS Vs. CONSORCIO CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S. A. Y CONCIVILES S. A. 11 de diciembre de 2001.*

La práctica ha enseñado que la profusión de pasos previos al perfeccionamiento de un contrato dilata su ejecución y que esa demora desfasa los precios de las obras y los servicios ofrecidos. Ya es frecuente observar como los contratistas reclaman la revisión de los precios ofrecidos en la oferta, por la diferencia entre ella y el perfeccionamiento del contrato.

Lo que ha querido nuestro legislador, apunta a buscar una justa solución a aquellos conflictos en los que por causas ajenas al contratista y no previstas por las partes, se quiebra la ecuación financiera del contrato, negándole al colaborador de la administración su beneficio económico, el que debería recibir, si el contrato lo hubiera podido desarrollar en las condiciones y en los términos previstos inicialmente.

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Reajuste de precios / Norma de orden público.**

*MALLAS EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES LTDA., MAECO LTDA. Vs. FONDO NACIONAL DEL AHORRO. 10 de marzo de 1999.*

(...)El reajuste de precio es una de las formas en que se preserva el equilibrio o la ecuación económica del contrato. De acuerdo con la norma del artículo 86 del Decreto Ley 222 de 1.983, a la que se refiere el contrato, el reajuste debe pagarse con base en el índice de variación del mes anterior al de la fecha en que se pague la obra ejecutada. El derecho del contratista a este reconocimiento, proviene de una norma de orden público, (Art. 20 y 86 DL: 222/83) de imperativo cumplimiento, que no puede ser renunciada a priori, por las partes.

...es claro que las nuevas circunstancias en que se ejecutó el contrato, en un cronograma diferente del que se había previsto, se debió a causas ajenas a la actividad del contratista como lo pactaron las partes en las consideraciones iniciales de los contratos adicionales y como, a juicio de este Tribunal, ello se encuentra probado.

No comparte el Tribunal la tesis del demandado, en el sentido de que la aceptación de los términos del pliego de condiciones, con todo el sentido de expresión de voluntad adhesiva que ella tiene, ni la consideración de haberse previsto una fecha fija como base para la liquidación de los reajustes en un pacto adicional, desvirtúa la naturaleza no dispositiva de la norma que impone el derecho del contratista al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Admite el tribunal que no puede haber perjuicio financiero derivado de la pérdida de oportunidades financieras de esas sumas de dinero, por las restrictivas condiciones contractuales de manejo, que obligan a mantener los anticipos en cuentas corrientes no remuneradas y a sólo usarlo para los fines de la obra; sin embargo, observa que cabría la posibilidad de que el perjuicio financiero proviniera de haber tenido que usar el contratista dineros de su propio pecunio, o provenientes de créditos para financiar específicamente obras de la zona de cesión tipo A.

### **EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / El rompimiento de la ecuación /**

**Fuente jurídica, el daño.**

*MALLAS EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES LTDA., MAECO LTDA. Vs. FONDO NACIONAL DEL AHORRO. 10 de marzo de 1999.*

(...)Considera el Tribunal que no existió, para este evento, un incumplimiento del Fondo y, adicionalmente, que no se demostró perjuicio para la sociedad

contratista. Es conocido que el resarcimiento de la pérdida patrimonial del contratista por el rompimiento de la ecuación económica del contrato, tiene su fuente jurídica en el daño, esto es, en el detrimento patrimonial que sufre una persona, sin que esté constitucionalmente obligado a ello. En el presente caso, no existiendo un comportamiento reprochable a cargo del Fondo, y en todo caso, no estando acreditado un perjuicio para el contratista, considera que no puede prosperar en este punto la pretensión de la sociedad demandante,(...)

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Hecho del príncipe / Responsabilidad contractual de la administración / Mayores costos / Precio global.**

*SEPULVEDA LOZANO CIA. LTDA. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU. 5 de mayo de 1997.*

Cuando la decisión es de carácter general y proviene de una entidad diferente a la contratante, se tipifica lo que ha dado en llamarse el *hecho del príncipe*. En tanto que si proviene de la propia contratante, podría perfectamente enmarcarse dentro de la responsabilidad contractual a que antes se aludió, con la precisión, a decir del Consejo de Estado, de que el hecho generador del daño sea de contenido particular. (En providencia del Consejo de Estado. Sección 3. Magistrado Ponente: Carlos Betancourt Jaramillo. Expediente 6353. Marzo 27 de 1992.)

Lo cierto es que, independientemente de la forma y tesis que se adopte para enmarcar las diferentes figuras mediante las cuales se explica la ruptura de la

ecuación económica y financiera del contrato, decisiones adoptadas durante la vigencia del contrato que alteran lo convenido, ya sea mediante la construcción de obras adicionales o nuevas o mediante la ejecución de mayores cantidades de obra de la inicial y razonablemente estimadas, producen mayores costos para el contratista, quien, por tanto, tendrá derecho a su reconocimiento. A pretexto de haberse celebrado un contrato de obra pública bajo la modalidad de precio global, no es dable imputar los mayores costos al contratista, quien en últimas se limita a obedecer los requerimientos institucionales producidos o a atender las necesidades reales de la obra.

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Restablecimiento de la ecuación / Hechos no imputables al contratista.**

*SEPULVEDA LOZANO CIA. LTDA. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU. 5 de mayo de 1997.*

El restablecimiento de la ecuación económica y financiera de contrato necesariamente parte de la absoluta ausencia de responsabilidad de quien lo solicita, vale decir, que la ruptura debe haberse producido por hechos no imputables al petente.

Diferentes opciones de la doctrina y jurisprudencia, ayudan a entender y enmarcar este planteamiento. Sobre el particular el Consejo de Estado ha dicho:

“(...) el costo de todos estos rubros los ha debido considerar el proponente demandante en el momento de presentar su propuesta, como bien se definió en el pliego de condiciones. Si por negligencia, por impericia o por deseos de presentar la mejor propuesta la firma demandante incurrió en error, éste resulta inexcusable, y por lo mismo, no da margen para que sobre el se monte una sentencia de condena. Proceder en sentido contrario sería dar amplia vía a la violación de los principios que informan la licitación, entre ellos, el de la igualdad, sobre el cual se apoya la moralidad del procedimiento, pues le bastaría a un proponente salirse de la lógica de lo razonable para cotizar bien bajo, con el fin de barrer en la licitación, y luego, recién iniciado la ejecución del contrato, solicitar de la administración la revisión alegando importantes teorías sobre el restablecimiento del equilibrio contractual.(..) Se subraya. Consejo de Estado. Sección 3°. Magistrado Ponente: Julio César Uribe Acosta.

En otra providencia el Consejo de Estado señaló:

“(...)si el contratista fue el causante por su acción u omisión de la modificación de las condiciones pactadas en el contrato, sin duda que le corresponde asumir a el solo las consecuencias legales y económicas derivadas de su equivocado o irregular comportamiento. Mantener un criterio diferente, significaría beneficiar indebidamente a la parte que injustificadamente no cumplió las ofertas que hizo como licitante, ni las obligaciones a las que se comprometió en el contrato(...)”  
(Consejo de Estado. Sección 3. Magistrado Ponente: Daniel Suárez Hernández.

Expediente No. 10129. mayo 16 de 1995

también debe recordarse que según la doctrina:

“no se reconoce como resarcible los mayores desembolsos correspondientes a gastos de administración general de las empresas, y tampoco los mayores gastos que sean consecuencia de la impericia, negligencia y erróneas operaciones de los empresarios”. MARIENHOFF, Miguel S., Ob. Cit. página 559.

Asimismo, ha manifestado la justicia arbitral los siguientes conceptos:

“(…) No obstante, si la ley se mueve dentro de un marco de protección al contratista ante circunstancias económicas extrañas al contrato, no se trata de cohonestar incumplimientos del contrato debidos a culpa del contratista, a su negligencia, desorganización o incapacidad o de garantizar siempre una ganancia a contratista.

En el contrato administrativo a pesar de los principios que lo rodean, también juega la libertad contractual y las áleas normales de todo contratista frente a las utilidades o pérdidas del negocio. El contrato administrativo no purga las culpas del contratista sino que las sanciona. La ley preserva los soportes externos del contrato, pero no elimina la responsabilidad contractual”. Se subraya. (Laudo Arbitral Construcciones Domus Ltda. Vs. Caja de Retiro de la Policía Nacional (CASUR). Noviembre 22 de 1985. Arbitros: Alberto Hernández Mora, Miguel Botía Posse y Carlos Holguín Holguín.

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Aplicación de la teoría de la ecuación contractual / Solución de diferencias.**

*CONSORCIO CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ Y OTROS Vs. FERROVIAS. 7 de marzo de 2002.*

Es que la ruptura de la ecuación económica y financiera del contrato no es algo que implique el análisis de todo el contrato sino la circunstancia o hecho que se aduce como tal, el cual por supuesto de confrontarse con la balanza inicial para efectos de determinar si aconteció el rompimiento o no. Pero de ninguna manera se puede comparar con otros eventos que ni siquiera fueron alegados por el interesado o por circunstancias futuras. En un plano teórico quizá la ecuación contractual podría encuadrarse en un concepto genérico y único pero en su definición práctica se limita a lo alegado y probado. Tan es claro que la ecuación contractual no es algo genérico y único que en un mismo contrato se pueden presentar sucesiva o simultáneamente diversas fuentes de ruptura, todas con causas y consecuencias distintas. Solamente las que han sido objeto del debate podrían entrar en consideración, no pudiéndose, entonces, enervar la declaratoria de una de ellas por la creencia de eventos “compensatorios” no debatidos y aún por sucederse.

Considerar que el análisis de una pretensión sobre ruptura de la ecuación contractual sólo es dable hacerla mediante la comparación total de ventajas y desventajas para cada una de las partes, significaría, ni más ni menos que solamente después de terminado y liquidado el contrato se puede hacerlo e

implicaría para el juzgador entrar a analizar todo lo sucedido en desarrollo del contrato, incluso por situaciones no alegadas expresamente, pues solamente de esa manera podría concluirse si hubo desequilibrio o no. Sin embargo, de claros textos legales se infiere otra cosa. En efecto, de varias disposiciones del estatuto general de contratación se desprende un mandato claro e ineludible para las partes consistente en que apenas acontezca una divergencia, muchas veces ocasionada por fenómenos que caen bajo la teoría de la ecuación contractual, deben desplegar su actividad en procura de solucionarla rápida, eficaz y ágilmente con el fin de evitar una mayor onerosidad.

Se pregunta el Tribunal, cómo podría acometerse un deber tal durante la ejecución de un contrato, si las ventajas o desventajas solamente se sabrían a su terminación?. Aceptar la tesis planteada, significaría que las entidades y jueces que resolvieron sobre desequilibrios en momentos de ejecución del contrato, obraron de manera contraria a la ley porque debieron esperar hasta el final. ¿Tiene sentido que un contrato con plazo prolongado, verbi gracia una concesión a 20 años, el contratista o la entidad afectados con un desequilibrio tengan que esperar todo ese tiempo para resolver una situación cuya consecuencias financieras a veces puedan resultar insostenibles? Por supuesto que es ordenamiento jurídico no puede prohiar una postura tal que en ciertas ocasiones puede conllevar la negación misma del fundamento de la teoría de la ecuación contractual.

El Consejo de Estado así lo ha dicho en varias ocasiones. Para el efecto bástenos citar el siguiente aparte del Auto proferido el 18 de abril de 1997, expediente 11732, Consejero Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo:

“Nada impide que las discrepancias o diferencias que surjan entre las partes contratantes se vayan definiendo durante la ejecución del contrato, sean estas de interpretación de las cláusulas contractuales o de alcance patrimonial. Frente a éstas últimas, es saludable su solución oportuna (antes del vencimiento del contrato) para salvaguardar no sólo los principios de economía y responsabilidad, sino el de la ecuación financiera. El primero, por cuanto impone la adopción de procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten (ord. 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993); el segundo; porque tanto los servidores públicos como los contratistas de la administración serán responsables de sus acciones u omisiones en la actuación contractual, ya que deberán evitar la agravación de la responsabilidad derivada de su conducta (artículos 50 y ss de la ley citada); y el tercero, porque las partes deberán adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para el restablecimiento del equilibrio contractual, cuando éste se rompa por causas no imputables a quien resulte afectado (art. 27 ibídem)”.(Lo subrayado es nuestro).

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Fórmulas de Reajustes / Sistema de revisión del contrato por mayores costos / Teoría de la Imprevisión.**

*EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS, FERROVIAS Vs. CONSORCIO CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S. A. Y CONCIVILES S. A. 11 de diciembre de 2001.*

Las fórmulas de reajustes constituyen el mejor antídoto contra la inflación de costos y de precios. Las fórmulas procuran, para eso se pactan, remediar las condiciones variables e imprevisibles de la economía y la consecuente afectación de esos fenómenos en el contrato.

La doctrina advierte que entre el sistema de revisión del contrato por mayores costos y la teoría de la imprevisión de donde se deriva el primero, existen varias diferencias: La primera y la más importante es que la teoría de la imprevisión tiene aplicación en casos excepcionales, mientras que el régimen de mayores costos se aplica a hechos normales como lo son los elementos previsibles en el mercado. La segunda estriba en que la teoría de la imprevisión ofrece soluciones, igualmente excepcionales, que van desde la rescisión del contrato hasta el pago de indemnizaciones parciales para que el contrato no fracase, mientras que **en la teoría de los mayores costos el principio es de mantener lo más exactamente posible la ecuación económica del contrato.** (la negrilla y subraya son **nuestras**). Una tercera diferencia es que la teoría de la imprevisión se aplica en

todos los contratos administrativos, en cambio el de los mayores costos es propio, en principio, de los contratos de obra pública.

**Características Teoría de la Imprevisión.** Constructora Ática Estudio Internacional Distrito Capital de Bogotá (Secretaría de Educación Distrital)

**Para la jurisprudencia, las características de la teoría de la imprevisión – como móvil para acceder a la implorada declaratoria de rompimiento del equilibrio económico del contrato agrega este Tribunal – son las siguientes:**

- a) debe tratarse de circunstancias que sobrevengan a la celebración del contrato, durante su ejecución.
- b) Esos acontecimientos deben haber hecho más gravoso el cumplimiento para una de las partes, desequilibrando la ecuación financiera del contrato.
- c) Ese quebranto de la ecuación económica debe ser superior al álea normal de ejecución del contrato, sin que pueda servir de instrumento para cubrir los déficits de una mala administración del contrato por parte del contratista ni las consecuencias de hechos que le sean imputables.
- d) Tales eventos deben presentarse por causas ajenas a las partes contratantes.
- e) Las circunstancias que ocasionen el mayor costo en la ejecución del contrato deben ser de aquellas que normalmente no eran previsibles. (Tribunal de Arbitramento que dirimió las diferencias entre Procables y la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá)

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Fundamento / Teoría de la imprevisión.**

*EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS, FERROVIAS Vs. CONSORCIO CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S. A. Y CONCIVILES S. A. 11 de diciembre de 2001.*

... el sentido que le dio nuestro legislador a la figura de la ecuación contractual, que busca mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar y que se apoya en motivos de equidad, justicia conmutativa y bien común. La ecuación contractual en nuestro ordenamiento está inspirada en la teoría de la imprevisión y sus causas deben ser temporales o transitorias, de modo que siempre sea posible la terminación del contrato.

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Revisión de precios / carácter imperativo / Aplicación / Formulas económicas / Idoneidad / Teoría de la imprevisión.**

*INGENIEROS CONSTRUCTORES TECNOLOGIA Y EQUIPO CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA. Y CONSTRUCCIONES CARRILLO CAYCEDO S.A., CONCA Y S.A. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INVIAS. 15 de septiembre de 1998.*

La ley 80 de 1993 estableció la obligatoriedad de pactar en los contratos mecanismos de ajuste que en la actual legislación revisten el carácter de orden público a diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de los decretos 150 de 1976 y 222 de 1983, donde las cláusulas de revisión de precios tenían un carácter potestativo y por tanto el derecho de un contratista a la revisión de precios nacía

excontractu y no ex lege como acontece hoy en el régimen contractual vigente. El principio de la equivalencia económica del contrato y su mantenimiento a lo largo de la ejecución del mismo, se consagra imperativamente en diversas normas de la ley 80 de 1993, en particular en los artículos 4.8, 4.9, 5.1 y 27 de la misma.

Como lo ha precisado el Consejo de Estado lo que pretende el legislador al establecer la revisión de precios "no es otra cosa que permitir, por razones de justicia, que se mantenga en todo momento el equilibrio obligacional, para que el acto jurídico que nació conmutativo no deje de serlo en ningún momento" (Sentencia de 15 de agosto de 1.985 Expediente 3.916). Para lograr el efecto anterior pueden usarse diversas formulas económicas con el propósito de medir la variación de los costos de la obra en el transcurso del tiempo como consecuencia de fenómenos previsibles cuya incidencia exacta no es conocida al momento de contratar.

(...)

De lo expresado puede concluirse que la cláusula de revisión y ajuste de precios hace parte de la ecuación contractual pactada y que, como cualquier otro elemento de dicha ecuación, es una ley del contrato que debe ser observada por las partes en virtud de que a ello autónomamente se comprometieron en el momento de proponer o contratar, según el caso. No obstante cabe anotar que la propia Ley 80 de 1993 en su artículo 4.8 prevé que la cláusula de ajuste y revisión de precios es revisable "si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución", tema que se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión lo cual significa, que si durante el desarrollo del plazo de un contrato administrativo surgen circunstancias o hechos imprevisibles e imprevistos que hagan ineficaz la fórmula adoptada para

mantener el equilibrio económico del precio pactado, ésta debe revisarse a fin de restablecer la ecuación contractual vulnerada.

Cabe anotar que, en concordancia con lo expuesto, la cláusula de reajuste y revisión de precios debe contener en sí misma una fórmula o mecanismo idóneo para el fin que se propone que, como hemos visto consiste en mantener el valor intrínseco de la remuneración pactada a favor del contratista y el precio objetivo de los bienes o servicios contratados a favor de la administración, o sea, el equilibrio obligacional del que habla el Consejo de Estado. No se trata, claro está, de afirmar que la cláusula de reajuste sea un mecanismo ideal que mantenga una rigurosa paridad entre las contraprestaciones económicas pactadas. En tratándose de fórmulas que por lo general incluyen índices de costos que miden promedios de alzas o reducciones en el valor de los diversos insumos contemplados en un contrato administrativo, en ella va implícito un razonable riesgo contractual que las partes deben prever actuando con la buena fe y la diligencia a que están obligadas en sus relaciones.

Dentro de los anteriores parámetros una cláusula de ajuste de precios que, vista al momento de proponer o contratarse, conduzca a inflar sustancialmente el valor de los bienes o servicios contratados en desmedro de la entidad estatal o a rebajarlos en contra del particular contratista, no será idónea para cumplir con el propósito para el cual fue ideada por la ley y, por el contrario, conduciría a la violación de imperativas normas de orden público contempladas en la misma, como son las que obligan a la administración a seleccionar objetivamente a los contratistas y confieren a estos el derecho a recibir la remuneración pactada y a que esta mantenga su valor intrínseco a lo largo de la ejecución del contrato. En esta

hipótesis la cláusula de revisión de precios sería absolutamente nula por violar normas de orden público de obligatoria observancia en la contratación estatal.

(...)

Considera el Tribunal que, por las razones expuestas en la parte inicial del laudo, la cláusula de ajuste y revisión de precios hace parte de la ecuación contractual pactada libre y autónomamente por las partes y que como tal, constituye una ley del contrato de obligatorio cumplimiento para ellas cuya revisión sólo puede ser factible en el caso previsto en el numeral octavo del artículo 4 de la ley 80 de 1993, es decir, cuando fracasen los supuestos o hipótesis para la ejecución de los mecanismos contenidos en dicha cláusula o, dicho de otra manera, cuando la fórmula de reajuste pactada, en razón de hechos o circunstancias imprevisibles e imprevistas, ocurridos con posterioridad a la propuesta de contratar, o a la firma del contrato si no hubo licitación, falle en su propósito de mantener las condiciones económicas y financieras existentes al momento en que surge a la vida jurídica la ecuación contractual convenida.

En el caso que nos ocupa es claro que la revisión de la cláusula de reajuste no se solicitó con base en la precisa causal prevista por la ley, por consiguiente, se aportaron o solicitaron pruebas que de alguna manera pudiesen llevar al Tribunal a concluir que, en efecto, existen las razones contempladas en el estatuto contractual para que prospere la acción de revisión. Estas razones serán suficientes para denegar las pretensiones de la demanda no sin antes agregar que la acción de revisión de los contratos administrativos por ser una excepción al principio de que ellos son ley para las partes, sólo procede en aquellos casos precisa y taxativamente señalados en el estatuto contractual y previa la plena

prueba de la existencia de los hechos y circunstancias que ameritan la revisión. Los principios de buena fe y transparencia que informan el proceso contractual con el Estado exigen que cualquier observación o controversia sobre la conveniencia o inconveniencia de determinadas estipulaciones, su idoneidad o ineficacia para conservar el equilibrio contractual, su equidad y, en fin, cualquier iniciativa del particular contratante que a su juicio sea pertinente para que el contrato cumpla con los fines de la contratación estatal, puede y debe ventilarse en la etapa precontractual, para lo cual la ley 80 de 1993 prevé las correspondientes instancias, y en manera alguna apelando a la acción de revisión luego del perfeccionamiento del contrato.

(...)

(...) Por regla general, las fórmulas de ajuste y revisión de precios son mecanismos complejos cuya operancia puede depender de múltiples factores, entre ellos, el propio manejo que de la fórmula haga el contratista. Síguese de lo anterior que el juicio de valoración sobre la eficacia o ineficacia de una determinada fórmula de ajuste y revisión de precios para decidir si ésta cumple o no con el propósito previsto en la ley de mantener la remuneración a favor del contratista, o la equivalencia objetiva del precio en pro de la administración, implica un ponderado análisis de los supuestos o hipótesis implícitos en la misma para su ejecución lo cual, a su turno, conduce a concluir que para el juez es prácticamente imposible deducir prima facie su validez o invalidez. (...)

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Causas del Desequilibrio / Incumplimiento de obligaciones / Atribuciones estatales.**

*SEPULVEDA LOZANO CIA. LTDA. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU. 5 de mayo de 1997.*

Hasta lo aquí expuesto, se puede afirmar que en el caso *sub exámine*, se ejecutaron una serie de obras que no encuadran dentro de lo pactado y que lo modifican sustancialmente. Empero, para que el reconocimiento se configure habrá que determinar la ocurrencia o no, de la ruptura de la ecuación económica y financiera del contrato.

El pleito se circunscribe, entonces, a dos causas de rompimiento: la primera, llamada responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de obligaciones; y, la segunda, el ejercicio de atribuciones estatales que afectan la economía del contrato, referidas, bien a la entidad contratante, o bien a otras esferas administrativas, o a la realización de modificaciones bilaterales de facto, como propiciadoras de la ruptura de la ecuación contractual.

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Revisión de precios / Reajuste de precios.**

*SEPULVEDA LOZANO CIA. LTDA. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU. 5 de mayo de 1997.*

Así pues, a pesar de que el texto transcrito se refiere indistintamente a las nociones de reajuste y de revisión de precios, para el Tribunal resulta claro que el asunto que regula la cláusula citada corresponde a la noción de reajuste, antes que a la de revisión de precios. No es pertinente entrar a hacer profundas disquisiciones jurídicas acerca de la naturaleza y alcance de una y otra figura. Baste decir que son conceptos diferentes: los reajustes aluden al mantenimiento de los costos de los materiales, motivo por el cual implican una compensación al mayor valor que el transcurso del tiempo produce en los mismos, y la revisión de precios a la modificación del valor intrínseco asignado a los ítems del contrato, cuando con los valores contractuales no se resarce la real erogación en que se ha incurrido.

Otra connotación que es dable deducir de la cláusula que se comenta tiene que ver con que está instituida para el pago de obras ejecutadas. No se trata, entonces, de un mecanismo general y amplio que cubre las sumas dinerarias debidas por todo concepto. Bajo este entendimiento, de plano se debe descartar la posibilidad de aplicar las fórmulas que integran la noción de reajuste a las sumas concernientes a la mayor permanencia de obra que, como se ha dicho, no se refieren a obras o trabajos ejecutados. De lo expuesto se infiere que los reajustes, sólo tendrán aplicación para efectos de mayores volúmenes de obra.

La aplicación de la mal denominada cláusula de revisión de precios está supeditada, en los términos pactados, a las obras ejecutadas y ACEPTADAS POR EL IDU. Su interpretación racional y teleológica, para el caso de los volúmenes

que el Tribunal ha reconocido y cuyo pago siempre fue negado por el IDU, conduce a su aplicación, precisamente porque en relación con ellos la entidad concepto desfavorablemente respecto al pago y no en relación con la inaceptación de las obras ejecutadas y porque, tal como lo ha establecido este Tribunal en algunos casos fue por razones equivocadas que se negó su pago.

Con referencia a la cláusula que se comenta, también se debe advertir que el empleo de la misma es pertinente hacerlo en un espacio temporal bien definido y preciso. No se trata de una cláusula de aplicación indefinida. Por sus mismas características, es decir, compensar los mayores valores que el transcurso del tiempo produce en los materiales de construcción que se van adquiriendo a medida que se ejecuta la obra, los reajustes contractuales tienen cabida en la medida en que el contrato esté vigente. Si el convenio se encuentra finalizado, no hay lugar a su reconocimiento precisamente porque el contratista no ha tenido que adquirir nuevos materiales. Por esta razón la petición del demandante de que se apliquen las fórmulas de reajuste hasta la fecha del laudo, no es procedente desde ningún punto de vista.

Finalmente, señala el Tribunal que la aplicación de la cláusula de reajuste no sólo está estipulada para las obras inicialmente previstas sino que también lo está para las "otras obras". Una vez determinado el valor de estas últimas, no hay justificación para no conferirles el mismo tratamiento, siendo que la situación de hecho que se predica de los reajustes puede acertadamente sostenerse para éstas.

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Derecho al restablecimiento contractual.**

*UNIVERSAL S.A. Vs. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI - SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA VIAL Y VALORIZACION. 31 de agosto de 2001.*

Dentro de la órbita de responsabilidad que aniquila el derecho al restablecimiento contractual caben dos hipótesis con inusual frecuencia en nuestros procesos:

- 1) “Error en la Oferta”, las equivocaciones, incluso por omisión, del entonces oferente en el cálculo de sus costos, dada una previsión normal que en su caso ha de examinarse en consonancia con su grado de especialidad y conocimiento, no generan dicha ruptura, motivo por el cual ha de negarse la reclamación indemnizatoria.
- 2) Deber de cuidado en la elaboración de la oferta y que se materializa en la visita al sitio de la obra. Durante el proceso judicial en donde se ventila la configuración o no de la ruptura de la ecuación, para anular su aplicación por la acaecencia de la hipótesis que se comenta, se requiere que el que la alegue pruebe nexo causal entre la causa del supuesto rompimiento y la ausencia de la visita de la obra, la que por supuesto, también tiene que estar plenamente acreditada.

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Situación de no perdida.**

*ARQUITECTOS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES LTDA., ACEI LTDA.*

*Vs. FONDO NACIONAL DEL AHORRO. 14 de mayo de 1999.*

“En este punto el Tribunal considera necesario recordar que las normas contenidos en los artículos 4, numerales 8 y 9 y 27 de la ley 80 de 1993 buscan no sólo mantener una equivalencia entre las prestaciones a cargo de las partes en los contratos estatales, sino también preservar las condiciones “técnicas, económicas y financieras” existentes al momento de proponer o contratar. La expresión de colocar al contratista en situación de no pérdida tiene que ver con las expectativas de lucro vigentes a la celebración del contrato, para que no se vean menguadas por causas ajenas a la propia voluntad de aquel. De esta manera, por mandato legal, la administración ha de asumir los costos necesarios para que el contratista obtenga no solo el monto de las inversiones realizadas en el curso de un contrato estatal, sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros o ganancias, desde luego razonables y ceñidas a las condiciones iniciales del contrato.”

Artículo 27 ley 80 de 1993: “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...”

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Prerrogativas exorbitantes /  
Reajuste de precios / Ventajas del contratista.**

*RECCHI S.p.A. COSTRUZIONI GENERALI-GRANDI LAVORI FINCOSIT S.p.A.  
Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INVIAS. 8 de junio de 2001.*

*“La facultad del poder público para modificar unilateralmente las situaciones legales o reglamentarias no significa que en el contrato administrativo el particular esté a merced de la administración y el interés privado no encuentre amparo legal suficiente.*

*Por el contrario, si el régimen jurídico del contrato administrativo impone la prevalencia del interés público sobre el privado, lo hace sin menoscabo de la protección que éste requiere. Ciertamente el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que busca satisfacer el interés general, pero si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses patrimoniales de los particulares, la administración está obligada a reparar el daño causado, dentro del marco de disposiciones legales y principios jurídicos que establecen en el derecho colombiano la oportunidad, la razón y cuantía de estas reparaciones.*

*La teoría jurídica moderna define con toda claridad la responsabilidad de la administración pública, y en materia contractual la ha enriquecido con nuevas concepciones que buscan justa y razonable armonía entre el interés público que personifica la administración y el interés de los particulares que prestan directa o indirectamente su colaboración para el funcionamiento de los servicios públicos o asumen su prestación.*

*El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: Si de una parte afirma la existencia a favor de la administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del co-contratante al respeto del equilibrio financiero considerado en el contrato. Es este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato.*

El poder de introducir modificaciones no supone el sacrificio del particular contratante, como tampoco beneficiarlo indebidamente. De ahí que si la alteración del contrato le impone mayores gastos, la administración debe indemnizarlo reajustando el precio estipulado. Por las mismas razones, si se reduce la prestación convenida y ello implica una economía, hay que hacer el reajuste pertinente.

**“Ecuación Financiera.** *La regla de que los contratos deben ejecutarse de buena fe no es exclusiva del derecho privado; es un principio general y por lo tanto rige también en el derecho administrativo. De ahí deriva que las potestades excepcionales que posee la administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses públicos, no puede significar el desconocimiento de los derechos de quienes han contratado con ella. Esto se logra protegiendo el resultado económico que perseguía el contratante, es decir, usando la denominación generalizada en el derecho francés la ecuación financiera del contrato.*

*Dicho objetivo se alcanza de diversas maneras; negando a la administración el derecho de modificar las cláusulas de contenido puramente patrimonial,*

*resarcir al contratante los perjuicios que le causen las modificaciones, ampliaciones o supresiones dispuestas por la administración; responsabilizando a ésta por el incumplimiento de sus obligaciones, etc.*

*En todos los casos la situación del contratante debe ser finalmente tal que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originarias. La situación del contratante en este aspecto resulta a veces más ventajosa que si estuviera bajo las reglas del derecho privado, como lo demuestra la elaboración jurisprudencial y doctrinaria sobre la teoría de la imprevisión". (CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de marzo 11 de 1972.)*

En materia contractual, la significación, alcances y contenido de la responsabilidad de la administración pública contratante, es tema agotado por la doctrina nacional y extranjera, que ha seguido la evolución normativa de las modernas tendencias jurídicas sobre la materia. Entre nosotros, la Corte Constitucional abonó el terreno doctrinario y fijó los linderos de la responsabilidad del Estado contratante, ubicando, a la vez, la fuente constitucional de la teoría del equilibrio económico del contrato estatal que le sirve de fundamento y de contera la base jurídica de la adecuada distribución de los riesgos en el contrato estatal, tema que se estudiará más adelante en este Laudo. Dijo la corporación en Sentencia C-333/96 del 1° de agosto de 1996 al fallar la exequibilidad del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero:

**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Causas generadoras del desequilibrio / punto de no perdida.**

*BELTRAN PINZON Y CIA. S.A. CONSTRUCTORES Vs. FONDO NACIONAL DEL AHORRO. 12 de mayo de 1999.*

Sentencia 9 mayo de 1996 del Consejo de Estado: “ ...ese equilibrio puede resultar afectado por varias causas, algunas atribuibles a la propia administración contratante, como sería el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o a la modificación en las condiciones de ejecución del contrato; otras, también imputables a la administración, pero provenientes del ejercicio de su función estatal; así mismo la ecuación financiera puede sufrir menoscabo por factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio, en cuya ocurrencia se habla de la teoría de la imprevisión ... se trata de aquellas circunstancias de hecho, que de manera imprevista surgieren en la ejecución del contrato, ajenas a la entidad como parte, al Estado como administración y, por supuesto, provenientes u originados en hechos, comportamientos y situaciones también extraños a la persona del contratista...

El contratante adquiere pleno derecho a que se le restablezca la ecuación económica del contrato a punto de no pérdida, (una compensación integral, completa, plena y razonable de todos aquellos mayores costos en los que debió incurrir el contratista para lograr la ejecución del contrato.”

De acuerdo con lo anterior “los efectos nocivos generados por hechos imprevistos o imprevisibles sobrevinientes, no han de ser soportados por el contratista que, sin su culpa, se vio abocado a ellos.”

## **EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO / Contrato adicional / Diferencias.**

*SEPULVEDA LOZANO CIA. LTDA. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU. 5 de mayo de 1997.*

En el campo contractual público desde hace mucho tiempo se establecieron las fronteras entre el contrato adicional y el equilibrio económico y financiero. Con la promulgación de la Ley 80 de 1.993, cualquier confusión al respecto, es inadmisibles. El restablecimiento de la ecuación contractual por antonomasia no tiene límites. La ley ordena que se restablezca en su integridad. Por eso no es dable resolver la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato con teorías, que como la relativa a los contratos adicionales, se han inspirado en la ejecución posterior de obras, razón por la cual nuestro legislador, con fundamento en un criterio moralizador, ha determinado que resulta de su esencia un tope máximo de adición. La sola idea de topes, repugna al principio del mantenimiento de la ecuación contractual, que inspirándose en la equidad, evita enriquecimiento sin causa.

La ley 80 de 1.993, establece que es deber esencial de las entidades estatales *“adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer,,,”* (artículo 4º., ordinal 8º.), para lo cual y con el fin de evitar una mayor onerosidad para el contratista se les autoriza a suscribir con éste “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos

adicionales, reconocimientos de cosas financieras e intereses...” (artículo 27. Se subraya). Consecuentemente no es lógico que se planteen tesis limitativas improcedentes que contradicen precisamente los mandatos legales, que, sin duda alguna, se reitera, ordenan celebrar los pactos necesarios sobre cuantía, es decir, de manera ilimitada.

## 8.1 HECHO DEL PRINCIPE

**EL HECHO DEL PRÍNCIPE (*FACTUM PRINCIPIS*) / Medida general y abstracta / Compensación económica.**

*CONSTRUCTORA ÁTICA ESTUDIO INTERNACIONAL Vs. DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ (SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL). 20 de mayo de 2000.*

Desde la perspectiva del derecho colombiano, el *factum principis* es una figura jurídica, que le permite al contratista solicitar el reconocimiento de una indemnización o compensación económica, en los casos en que se presente una ruptura de la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, **imputable a una medida general y abstracta que legítimamente adopte el Estado en ejercicio de sus poderes normativos** de intervención en la sociedad y en la economía, y que no fue prevista por las partes al momento de la celebración del contrato. (Las negrillas son del Tribunal para destacar) Tomado del tratadista Rodrigo Escobar Gil.

## **HECHO DEL PRÍNCIPE / Causas que originan el Hecho del Príncipe.**

*COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Vs. LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES. 10 de mayo de 2000.*

En un sentido lato, “el hecho del príncipe” designa, según el tratadista francés De Laubadère, “ *toda intervención de los poderes públicos que tenga por resultado el afectar de cualquier manera las condiciones jurídicas o aun solamente las condiciones de hecho en las cuales un contratista de la administración ejecuta su contrato.*”

Estas diferentes intervenciones pueden revestir modalidades muy diferentes y provenir de autoridades muy diversas: el legislador, el gobierno en ejercicio del poder reglamentario, la autoridad administrativa contratante o aún una autoridad administrativa diferente de aquella que ha celebrado el contrato.

El “hecho del príncipe”, en su sentido restringido, se define a la vez por su origen y por sus efectos. “*es una medida tomada por la autoridad contratante, que afecta las condiciones de ejecución del contrato*”. Dentro de estas medidas, algunas tienen por objeto la modificación de las condiciones de ejecución del contrato mientras que otras, sin tener este objeto, tienen no obstante este efecto.

Según Marienhoff, sólo los actos de carácter general dan lugar a la aplicación de la doctrina del príncipe, no así los de carácter individual, pues estos últimos generan responsabilidad contractual por violación de sus estipulaciones.

El Consejo de Estado se ha referido al “hecho del príncipe” como causa de rompimiento del equilibrio contractual, así: *“cuando las autoridades de la colectividad actúan en virtud de una competencia diferente de la que tienen por el contrato, es decir, cuando ejercen sus competencias en materia de policía u organización o funcionamiento de los servicios públicos, en condiciones tales de que ellas derivan repercusiones sobre el contrato (...) cuando se produce ese desequilibrio financiero por razón de un acto del legislador, como el decreto de alza de salarios, o el restablecimiento, o incremento de prestaciones sociales patronales...”* de igual manera el Consejo de Estado en sentencia del 20 de septiembre de 1979, considera: “cuando la causa de la agravación consistente en un acto de la propia administración contratante, o en un acto, hecho u operación atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas, el origen del entuerto oneroso ha determinado que a la figura se le denomine hecho del príncipe.”

**HECHO DEL PRÍNCIPE / Causa generadora del rompimiento del equilibrio financiero del contrato / Concepto / Diferencias con la responsabilidad contractual del Estado.**

*CONSORCIO CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ Y OTROS Vs. FERROVIAS. 7 de marzo de 2002.*

Habiendo tenido su origen en la jurisprudencia francesa , la teoría del hecho del príncipe se constituye hoy uno de los motivos o causas que pueden generar el rompimiento del equilibrio financiero y económico del Contrato, que se presenta

cuando el Estado, en ejercicio de los poderes y facultades que el ordenamiento le ha otorgado con el fin de intervenir la economía y en los demás frentes del devenir Nacional, adopta medidas generales y abstractas que terminan alterando la equivalencia económica de las prestaciones originadas en el Contrato, pues como consecuencia de esas medidas se generan mayores costos o disminuyen los beneficios que se habían previsto al momento de entrabarse el negocio jurídico.

Se tiene por establecido que el hecho del príncipe es una de las varia causas por las cuales el equilibrio económico y financiero del contrato puede verse afectado en detrimento del Contratista, tal como lo tiene establecido la jurisprudencia de nuestro Honorable Consejo de Estado. Así en sentencia de junio de 1999, indicó la corporación que: “Como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, el equilibrio económico puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas: 1. Por actos o hechos de la entidad administrativa contratante. 2. Por actos de la administración general como estado – Hecho del Príncipe. 3. Por factores exógenos a las partes del negocio... – Teoría inicialmente llamada de la imprevisión.

La primera causa se presenta cuando el rompimiento de la ecuación financiera del contrato estatal se produce por la sola actuación de la administración como contratante; por ejemplo, no cumple en la forma debida con las obligaciones derivadas del contrato, de cuyo comportamiento se deriva la responsabilidad para la administración. La segunda causa, conocida como Hecho del Príncipe, se presenta por causas imputables al Estado, como el ejercicio de sus facultades

constitucionales y legales , cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general. La tercera causa, tiene que ver con la teoría inicialmente enunciada como de la imprevisión, que involucra circunstancias no imputables al Estado, externas al contrato pero con incidencia en él.

La diferencia fundamental entre las dos primeras causas, como lo señala Marienhoff, consiste en que “El hecho del príncipe presupone una norma general emanada de la autoridad pública, en tanto que la responsabilidad contractual del Estado presupone una norma específica relacionada con el contrato administrativo en cuestión; la responsabilidad por el hecho del príncipe no es directa, sino refleja: incide en el ámbito jurídico del cocontratante, causándole un daño resarcible por ser este diferencial respecto de los demás habitantes” (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, CONSEJERO PNENTE: DOCTOR DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, Expediente No. 14943 ACTOR: Promotora de Desarrollo PRODES LTDA.).

La anterior enseñanza jurisprudencial es encontrada en múltiples pronunciamientos del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en los cuales se ha indicado que los actos generales emitidos por la propia administración que afecten la equivalencia prestacional y la conmutatividad de los contratos, dan lugar al restablecimiento económico de éstos, como se indica en sentencia del 15 de febrero de 1999: “También lo puede ser por actos de la administración del 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.” (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, CONSEJERO PONENTE: RICARDO HOYOS DUQUE Ref. Expediente No.: 11.194).

Es claro que los actos o decisiones adoptados por la Administración deben ser posteriores a la presentación de la oferta, en tratándose de licitación pública, o, celebración del contrato, si se trata de contratación directa. De lo expuesto se colige que el hecho del príncipe debe ser extraordinario y ocurrir después de presentada la oferta o durante la ejecución del contrato, de manera que el contratista no tenía posibilidad alguna de preverlo y por ello adquiere el derecho a que la Administración le repare de manera integral el perjuicio que aquél le ha causado; a contrario sensu, cuando al momento de presentar la oferta o de contratar se cuentan con unas bases sólidas que permiten prever la ocurrencia de los presupuestos fácticos constitutivos del “hecho del príncipe” o la decisión ya ha sido adoptada, corresponderá al oferente tener en cuenta al momento de formular su propuesta, las consecuencias que el acto emanado de la Administración tiene o tendrá en las prestaciones de contenido económico, de manera que si no lo hace, no podrá reclamar posteriormente al Estado el restablecimiento del equilibrio económico. Así se desprende de los artículos 4, numeral 8, y 27 de la ley 80 de 1993.

**EL HECHO DEL PRÍNCIPE / Por actos generales excepcionalmente / Por actos particulares.**

*COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Vs. LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES. 10 de mayo de 2000.*

En resumen el hecho del príncipe puede tener origen en actos generales y en actos particulares:

1. Los actos generales: originalmente, se consideraba que sólo los actos particulares podían ser fuente de responsabilidad por el “hecho del príncipe” y que los de carácter general podían servir de fundamento a la aplicación de la “teoría de la imprevisión”. Pero la jurisprudencia y la doctrina actualmente admiten que también los actos generales, por excepción, puedan servir de fundamento de indemnización integral por el “hecho del príncipe”. En Colombia la jurisprudencia y la doctrina prohíben este mismo criterio.

Sin embargo, la doctrina, con base en la jurisprudencia, considera necesario distinguir entre las medidas generales que afecten directamente el contrato y las que inciden en las condiciones de su ejecución a saber:

a. Las medidas generales que afectan el contrato: una medida general, legislativa o administrativa, puede tener por objeto modificar las disposiciones de

determinados contratos administrativos, de “paralizar” o hacer inaplicables algunas de sus disposiciones o poner fin, en forma anticipada, a su ejecución.

En todos estos casos, si se cumplen los demás requisitos exigidos, el particular contratista con la administración puede reclamar indemnización de perjuicios, para restablecer el equilibrio económico del contrato, con fundamento en el hecho de príncipe, salvo que el legislador haya excluido la indemnización.

b. Las medidas generales que afectan las condiciones de ejecución del contrato: cuando las medidas generales, legislativas o administrativas, sin afectar las cláusulas contractuales, las hacen más difíciles de ejecutar o más onerosas, abre la posibilidad de examinar si es o no aplicable la teoría del “hecho del príncipe”.

La doctrina determina, con base en la jurisprudencia, la regla general y los casos de excepción, a saber:

- i) La regla general consiste en que estas medidas generales no dan lugar a indemnización; no obstante, es posible la indemnización en ciertas condiciones excepcionales, cuando ellas “quebrantan la economía del contrato”, es decir, si se presenta una ruptura del contrato y se cumplen las demás condiciones, es posible reclamar; en este caso, el beneficio de la “teoría de la imprevisión”, o, según algunos, por efecto del “hecho del príncipe”.
- ii) En este mismo orden de ideas, por ejemplo, en el campo fiscal, según De Laubadére “en numerosas ocasiones el Consejo de Estado ha afirmado que la creación o el incremento de impuestos generales no puede invocarse por

los contratistas de la administración como fundamento de una demanda de indemnización; se trata de cargas generales sobre las cuales solamente el quebramiento del contrato podría justificar una solicitud de indemnización (de imprevisión)...”

iii) Los casos de excepción: sin embargo, la doctrina señala algunos casos de excepción, a saber:

- Cuando el mismo acto general contempla la posibilidad de la indemnización
- Cuando el pliego de condiciones o el contrato prevea la posible indemnización, si se expiden medidas generales, legislativas o administrativas, que puedan causar perjuicio al contratista.
- En ausencia de la ley o del contrato, la doctrina, con base en la jurisprudencia, admite, por excepción, que “a pesar de la generalidad de sus efectos, las leyes o reglamentos cuya aplicación vuelve más difícil o más onerosa la ejecución de un contrato administrativo, abren al contratista un derecho de compensación pecuniaria integral cuando ellos afectan un aspecto que ha sido esencial, determinante, en la celebración del contrato. (...) esta idea de la medida que afecta el objeto o la esencia del contrato y modifica el estado de las cosas que el contratista consideró para celebrar el contrato ha sido claramente expresada por la jurisprudencia.

2. Los actos particulares: Al contrario de lo que sucede con los actos generales, en principio, toda medida adoptada por una autoridad administrativa contratante, que cause perjuicio al contratista, por incidir en las cláusulas del contrato, o que

afecte las condiciones de su ejecución en la forma indicada, constituye “hecho de príncipe” que, también en principio, se debe indemnizar. Entre ellas se cuentan las siguientes:

- Las medidas que adopta la Administración en ejercicio de sus facultades de interpretación, modificación o terminación de ciertos contratos, que constituye la denominada “alea administrativa”.
- Las medidas de dirección y control de la ejecución del contrato.
- La mayoría de las medidas de policía.

En conclusión, la doctrina del “hecho del príncipe” procede para reclamar la indemnización necesaria para restablecer el equilibrio económico del contrato perturbado por acto o actos de la Administración contratante.

La medida que la administración adopte puede ser general o particular.

Los actos particulares, en principio, permiten fundar en ellos la ocurrencia del “hecho del príncipe” y la indemnización necesaria para restablecer el equilibrio económico del contrato. La medida general, por principio, no es apta para fundar en ella el “hecho del príncipe”. Excepcionalmente puede servirle de fundamento si afecta el contrato mismo o las condiciones de su ejecución o sea que incide en los aspectos esenciales del contrato.

Sin embargo, como el “hecho del príncipe”, con fundamento en una medida de carácter general, constituye una modalidad específica de responsabilidad de una entidad pública contratante, para ello deben cumplirse todas las siguientes condiciones concurrentes:

- a) Que se haya expedido una medida de carácter general.
- b) Imprevisibilidad de la disposición de carácter general causante del daño. El acto que sirva de fundamento al reclamo del contratista debió ser imprevisto en el momento de celebrarse el contrato. Si la medida normalmente podía preverse cuando se celebró el contrato, las partes la habrían tenido en cuenta, en una de las estipulaciones contractuales.
- c) Su imputabilidad a una autoridad pública; no siendo necesario que la medida cuestionada proceda específicamente de la “misma” autoridad o del “mismo” órgano que intervino en la celebración del contrato; y
- d) La demostración por el contratista de que la medida de la autoridad pública que invoca como fundamento de la indemnización ha quebrantado la economía del contrato, causándole un perjuicio cierto y directo en relación con el contrato mismo o con su ejecución.

#### **HECHO DEL PRÍNCIPE / Diferencias con la potestas variandi.**

*CONSTRUCTORA ÁTICA ESTUDIO INTERNACIONAL Vs. DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ (SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL). 20 de mayo de 2000.*

La *potestas variandi* puede definirse como la introducción de las modificaciones a las condiciones del contrato que la administración se encuentra facultada a hacer como manifestación directa e inequívoca del poder de *imperium* que caracteriza su actividad como gestora y garante del interés general.

Se diferencia la *potestas variandi* del hecho del príncipe, como fuente de indemnización, en que este último se configura cuando la administración adopta

medidas generales y abstractas que afectan al contratista, al tiempo que la *potestas variandi* corresponde al ejercicio de las facultades de *imperium* por parte de la entidad contratante, respecto del contrato, afectando así directamente al contratista por tener relación con el objeto mismo del negocio jurídico celebrado entre la administración y el contratista.

## **8.2 TEORIA DE LA IMPREVISIÓN**

### **TEORIA DE LA IMPREVISIÓN / Requisitos de procedibilidad.**

*CONCESION SANTA MARTA, PARAGUACHON S.A. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INVIAS. 24 de agosto de 2001*

Para que proceda la aplicación de la “Teoría de la Imprevisión” como fundamento de la revisión de los términos de un contrato, se requiere:

- a) Que la dificultad y onerosidad en el cumplimiento de la obligación pactada por la parte afectada, derive de la ocurrencia de hechos sobrevinientes al inicio de las labores propias del contrato, esto es, el contrato debe encontrarse en ejecución.
- b) Que los efectos de los hechos lesivos escapen o sean ajenos al control de la parte que lo alega.
- c) Que el perjuicio representado en la mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones pactadas, sea jurídicamente inevitable para la parte que lo

alega, y que el mismo no derive de su “imprevisión, negligencia o impericia”. Esto es, el hecho debe ser ajeno a la parte afectada, o dicho de otra forma no debe formar parte del álea normal del contrato, sino que el hecho debe obedecer al concepto de las aleas extraordinarias, entendidos como los eventos que frustran todos los cálculos que las partes han podido hacer al celebrar el contrato y que exceden los límites extremos que las partes han podido considerar en ese momento, las circunstancias que alteran la economía del contrato.

- d) Que el perjuicio alegado no surja o se cause en un error de oferta o de impericia contractual, toda vez que en este supuesto sería predicable la “culpa” de la parte afectada y no sería procedente el reconocimiento de beneficio derivado de ella.

### **8.3 INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES**

#### **INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.**

*PROMOTORA DE CONSTRUCCIONES E INVERSIONES SANTANA S.A. PROSANTANA S.A. Vs. DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ Vs. COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. COFIANZA S. A. 18 de diciembre de 2000.*

Modernamente Se ha venido imponiendo un criterio menos rígido con el fin de evitar el ejercicio abusivo de los acreedores, que podrían sacar provecho de

conductas de escasa importancia en la economía del contrato, y sobreponer el concepto de justicia y conservación del contrato.

Se ha sostenido, en defensa de esta última tendencia, que el problema del incumplimiento tiene que analizarse dentro de cada contexto, es decir, que no debe partirse de una valoración en abstracto, alejado de la realidad, sino que el juzgador debe medir cada una de las prestaciones que se dice fueron incumplidas, con respecto a la finalidad práctica y económica del objeto principal del contrato, para establecer si la referida prestación, al haber sido ejecutada en forma defectuosa, altera la estructura y finalidad del objeto contractual.

**INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL / Término para declarar el incumplimiento  
/ Principio de la buena fe.**

*DRAGADOS HIDRAULICOS LTDA. Vs. LA NACION - MINISTERIO DE TRANSPORTE. 28 de febrero de 2.001.*

El plazo o término contractual con que cuenta el ente público contratante para declarar el cumplimiento o incumplimiento del contrato estatal por el contratista, es el establecido para la liquidación del contrato o término de "vigencia" como se ha denominado por el Consejo de Estado, que es la misma oportunidad con que cuenta el contratista para dejar las constancias o salvedades en relación con las inconformidades que tenga respecto de su contenido.

La suscripción de contratos adicionales en los contratos estatales en general -que son esencialmente mutables por las necesidades del servicio -, y en los de obra en particular, pueden obedecer a múltiples razones, que nada tienen que ver con la conducta de las partes y siempre con la realización del interés público involucrado en su objeto (V.g., mayor cantidad de obra, obras adicionales, etc.), y en caso de obedecer los mismos a "incumplimientos de las partes", así debe constar en el expediente administrativo del contrato, que en últimas constituye el fundamento contractual y legal para las sanciones que pudieren generarse para el contratista por el hecho del incumplimiento.

(...)

"El principio de la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico y la seriedad del procedimiento administrativo - ha dicho el Consejo de Estado (CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia 11 de septiembre de 1997. Exp. 9207. C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.)-, da pie a la doctrina de los actos propios, mediante la cual se obliga a las partes a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la manifestación, por lo que no es dable desconocer con posterioridad el afecto jurídico que se desprende de aquel acto. "

(...)

## **INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL / Prueba de la culpa**

*BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA Vs. BANCO CENTRAL HIPOTECARIO Y FIDUCIARIA CENTRAL S.A. 9 de agosto de 2000.*

El demandante deberá probar el incumplimiento, pero en este caso, la prueba del incumplimiento es al mismo tiempo prueba de la culpa. Lo usual es que el incumplimiento de la obligación y culpa del deudor, sean fenómenos distintos y bien diferenciables. Pero en este supuesto de cumplimiento defectuoso en la prestación de servicios profesionales, se identifican necesariamente esos dos elementos, de manera que demostrando el uno queda establecido el otro; incumplimiento y culpa es un mismo elemento o, en otras palabras, aquel y ésta se confunden en el comportamiento del deudor, pues, dado el contenido de estas prestaciones, la ejecución defectuosa lleva en sí misma el error de conducta.

Así las cosas, “si el acreedor demandante debe demostrar el incumplimiento con ello demostrará invariablemente la culpa, de manera que en este evento ya no puede funcionar, por superflua, la presunción de culpa en contra del deudor.”

## **INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL / Traslado de la carga de la prueba.**

*DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ. Vs. CONSORCIO COLOMBIANO – ARGENTINO CON.COL.AR. 20 de mayo de 2000.*

Debe recordarse que en materia de obligaciones contractuales bilaterales, establecida la existencia del contrato, como sucede en este caso, la sola

afirmación de quien considera que su contraparte no ha cumplido, traslada a éste la carga de la prueba del cumplimiento y, de no presentarla, como ocurre en el caso de autos, quedará establecido en forma concreta el incumplimiento suyo, con todas las consecuencias legales.

Recuerda el Tribunal de Arbitramento que no es jurídicamente dado al deudor de una obligación determinar si su cumplimiento es o no útil al acreedor.

**CAUSAS DE EXONERACIÓN / Fuerza Mayor y Caso Fortuito / Concepto /**  
*DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ. CONSORCIO COLOMBIANO – ARGENTINO CON.COL.AR. 20 de mayo de 2000.*

Lo que diferencia el caso fortuito de la fuerza mayor, es que en el primer evento se trata de una posibilidad desencadenada por la naturaleza, como una inundación, un terremoto, etc., y en el segundo, cuando la imposibilidad deriva del hecho de un hombre, como en los actos de autoridad.

Se ha señalado que para que haya caso fortuito o fuerza mayor se requiere la concurrencia de tres elementos esenciales: la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la insuperabilidad.

**CAUSAS DE EXONERACIÓN / Fuerza Mayor y Caso Fortuito / Condición Negativa Externa.**

*BENEFICIENCIA DE CUNDINAMARCA - BANCO CENTRAL HIPOTECARIO Y FIDUCIARIA CENTRAL S.A. 9 de agosto 2000.*

Fuerza mayor y la prueba de debida prudencia y diligencia (según la doctrina), pero la jurisprudencia ha precisado “que para que exista poder liberatorio por el caso fortuito o la fuerza mayor, se requiere la coexistencia de una condición negativa externa: la ausencia de culpa del deudor. En otros términos: cuando existe dolo, negligencia, o imprudencia del deudor, la falta neutraliza el obstáculo y el obligado o deudor permanece responsable”

Lo anterior significa que si el acreedor prueba la culpa - que en este caso es un elemento esencial de su pretensión- el demandado no contará ya con ninguna defensa.

**CAUSAS DE EXONERACIÓN / Fuerza Mayor y Caso Fortuito / La toma de posesión de los bienes, haberes y negocios, no implica Fuerza Mayor.**

*TERMORRIO Vs ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO. 21 de diciembre 2000.*

Para el Tribunal es evidente, y así lo declarará, que la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios ... con fines de liquidación ... no configura fuerza mayor, o “Evento Eximente” ... pues no fue ni imprevisible ni irresistible, que son los elementos concurrentes constitutivos de la fuerza mayor, entendiendo el primero como el suceso cuya probabilidad es tal que el deudor no pudo

razonablemente precaver su ocurrencia y el segundo como la imposibilidad total, no relativa o mas onerosa, de cumplir con la obligación (...)

Como sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Salas de Negocios Generales y de Casación Civil, Respectivamente, En Sentencias de Agosto 31, 1942 y de Septiembre 27, 1945, que discrepan de lo mencionado por la Demandada:

“si el deudor ... comete falta que lo coloquen a merced de la autoridad ... sin embargo de que se cumpla un acontecimiento por su naturaleza extraño y dominador; no configuraría un caso fortuito liberatorio del deudor.

Es que los dos caracteres esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad e imposibilidad. Por consiguiente se está bajo el dominio de lo fortuito cuando el deudor se imposibilita totalmente para cumplir su obligación por causa de un evento imprevisible. Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por mas súbito y arrollador de la voluntad que parezca no genera el caso fortuito ni fuerza mayor.” (Gaceta Judicial LIV – Páginas 377 y 378)

“Para que exista el poder liberatorio por el caso fortuito o la fuerza mayor, se requiere la coexistencia de una condición negativa externa: la ausencia de falta del deudor. En otros términos: cuando existe dolo, negligencia o imprudencia del deudor, la falta neutraliza el obstáculo y el obligado o deudor permanece responsable.” (Gaceta Judicial LIX – Página 443 (ordinario de Eulogia Alguero Vs. Compañía Colombiana de Electricidad).

**CAUSAS DE EXONERACIÓN / Fuerza Mayor y Caso Fortuito / La disponibilidad presupuestal no es causal de fuerza mayor.**

*DRAGADOS HIDRAULICOS LTDA. Vs. LA NACION - MINISTERIO DE TRANSPORTE. 28 de Febrero de 2.001.*

La falta de disponibilidad presupuestal de la entidad contratante deudora, no tipifica una causal "de fuerza mayor" cuya materialización la exonere de responsabilidad. Por el contrario, en la actividad contractual pública -y no existe duda que el contrato 225/94 es un contrato estatal- la ley 80 / 93 (artículo 25) previene a los entes públicos de abrir licitaciones o concursos e iniciar los procesos de suscripción de contratos "cuando existan las partidas presupuestales correspondientes" (numeral 6); les ordena constituir "las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios" (numeral 13); y les exige incluir en sus presupuestos anuales la apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados" (numeral 14).

Las previsiones presupuestales para atender el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las entidades estatales en los contratos que celebren, constituyen pues obligaciones legales de éstas de cuyo cumplimiento no podría "relevárselas" el contratista, y mal podría alegarse la eventual "falta de disponibilidad" o

inexistencia de partidas que debieron apropiarse en cumplimiento de la ley que las rige como una "causal de fuerza mayor" que justifique su eventual retardo o incumplimiento en los pagos debidos a sus contratistas.

(...)

#### **8.4 INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN**

##### **INTERESES MORATORIOS / Conceptos.**

*SEPULVEDA LOZANO CIA LTDA. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU. 5 de mayo de 1997*

De conformidad con la ley 80 de 1.993 el reconocimiento de estos intereses serán del orden del 12% anual y calculados a partir del 22 de enero de 1996.

La actualización monetaria de las sumas correspondientes a la mayor permanencia en obra liquidada en este laudo arbitral, se desarrolla mediante el mismo procedimiento detallado en la cuantificación de los mayores volúmenes de obra, es decir, aplicando el Índice de Precios al Consumidor Total Nacional (DANE) y liquidando intereses moratorios del 12% anual (entre enero 22 de 1996 y marzo de 1997) (118)

##### **INTERESES MORATORIOS / Concepto.**

*TERMORRIO Vs. ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO. 21 de diciembre de 2000.*

Así, el Tribunal anota que siendo indiscutible la condición de “frutos civiles” que tienen los intereses de conformidad con la definición que trae el artículo 717 del C.C., es generalmente acepta su clasificación en “compensatorios” o “remuneratorios”, de una parte, y “moratorios” o “punitivos”, de otra.

Los primeros apuntan a perder el poder adquisitivo de la moneda y la contraprestación al acreedor por haberse privado de la posibilidad de invertir sus recursos, en tanto que los segundos, fuera de atender los factores antes mencionados incluyen la indemnización de perjuicios debida al acreedor por el incumplimiento del deudor o la sanción por no observar puntualmente los compromisos adquiridos.

De lo anterior se deduce que los intereses “compensatorios” comprenden dos factores, la recuperación del poder adquisitivo y la ganancia esperada regularmente de la inversión, en tanto que los “moratorios” agregan un tercer concepto, valga decir, la indemnización de perjuicios originada en el incumplimiento del deudor. Asimilados estos factores a las nociones de “daño emergente” y “lucro cesante”, podría decirse que la conservación del poder de compra de la moneda hace referencia al primero en tanto que los réditos, ordinarios o extraordinarios, atañen al segundo.

(. . .)

No ocurre lo mismo respecto de la “corrección monetaria”, que apunta a la conservación del poder adquisitivo de la moneda.

A nivel doctrinario, y con apoyo en la exigencia de “pago efectivo” como modo de extinción de las obligaciones, expresa Fernando Fueyo:

“El problema de la corrección monetaria, en lo jurídico, atañe más al pago efectivo o soluto, que a materias en particular. De ahí este fundamento decisivo; aplicación de los requisitos del pago efectivo, y entre ellos la ejecución del buena fe de las obligaciones”. (Fueyo, Fernando, Corrección Monetaria y Pago Legal, Bogotá, Editorial Temis, 1978, página 97).

Y atrás señala el mismo autor:

“. . . la propia relación jurídica de obligación integrada por dos elementos personales, bajo los nombres de acreedor y deudor, más una vinculación ( o nexum), de contenido o substantividad jurídica que la hace exigible y respetable ante órganos jurisdiccionales del estado, se ve directamente afectada con motivo del pago diferido que en cierto momento haré el deudor al acreedor con moneda de menor valor.

Si el deudor paga con un número de monedas igual a lo pactado, pero de un valor adquisitivo inferior al del día en que contrajo la obligación o con un número de

monedas indicado por una ley anticuada, ¿estará pagando bien, estará pagando lo mismo, merecerá que su obligación se extinga totalmente?

Desde el punto de vista del acreedor, ¿éste recibe realmente lo que le corresponde y puede ser obligado a dar por extinguida la obligación? (...).

En síntesis, es nada menos que la relación jurídica de obligación - lo propiamente trascendente- la que sufre el impacto y efecto pernicioso de un pago que se hace con dinero desvalorizado.”

Jurisprudencialmente, a su turno, desde hace más de veinte años viene reconociéndose de manera consistente la necesidad de actualizar, las condenas dinerarias por perjuicios de manera tal que se atienda cabalmente el resarcimiento del daño emergente, prescindiendo de una mera comparación nominal.

En sentencia de abril 24, 1979 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil abrió el camino:

“En los momentos actuales, las obligaciones de dinero deben pagarse en moneda colombiana, o sea, en billetes emitidos por el Banco de la República (art. 2º Ley 45 de 1923 y 3º de la Ley 167 de 1938 y 874 del C.Co.), sin que esto sea óbice para que las personas, en sus negocios jurídicos, acuerden e inserten cláusulas de ajuste o corrección, que la misma legislación colombiana ya autoriza en algunos sectores de la economía nacional.

El hecho de que en las relaciones contractuales se establezcan cláusulas de corrección, fuera de que no está prohibido, es una previsión destinada a mantener el equilibrio económico de las partes, a precaver el enriquecimiento torticero, y a contratar sobre el valor real de la moneda. Percibir las partes esa realidad, no conduce a causar una inflación, ni agrava la existente si la hay.

Por otra parte, no debe perderse de vista que por el imperativo legal, el pago, para que produzca el importante efecto de extinguir la obligación, entre las varias exigencias legales debe ser íntegro o total (art. 1649 del C.C.), como también la de que el acreedor no está obligado a recibir otra cosa que la que se le deba y, además, que 'se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación' (art. 1627 del C.C.). (...)

El aspecto que aquí se toca ya ha sido analizado muy ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo, con motivo de las dos guerras mundiales que trajeron aparejadas como perniciosa secuela las crisis económicas y la depreciación de la moneda, particularmente en los países complicados en las conflagraciones. Analizando su incidencia en las relaciones contractuales privadas, han sostenido los tribunales extranjeros y los tratadistas, que si el valor del dinero reside no en lo que es sino en lo que con él se puede adquirir, el fin perseguido por las partes al celebrar la convención no es ni sería el de obtener una suma nominal monetaria, sino el logro del poder adquisitivo. Por tal virtud, acudiendo a los principios o reglas generales del derecho, como el de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la equidad, el

enriquecimiento injusto y la ruptura del equilibrio entre las prestaciones de las partes, se desentendieron del postulado nominalista de la moneda y cogieron por el sendero de ajustar la obligación dinerada” (Ordinario de Alfonso Duque Vs. Arnulfo García, transcrita en boletín del Colegio de Abogados Comercialistas, Bogotá, No. 279, Mayo 20, 1979, pág. 499 y 500).

Y, en sentencia de julio 9, 1979, la misma Corporación y Sala remató el tema:

“La simetría en los contratos bilaterales debe presidir, lo mismo que en todo acto jurídico, una obligada equivalencia entre las partes respecto de sus mutuas prestaciones. Y dicha simetría debe también extenderse al cumplimiento o la resolución alternativa que de las obligaciones contractuales establece, en ambos casos con derecho a reclamar indemnización de perjuicios, el artículo 1546 del C.C.

Estas importantes nociones tienen cada día mayor aplicación práctica ante la indiscutida presencia, con carácter de hecho notorio de la desvalorización monetaria.

Este factor no es necesario que expresamente se contemple en un contrato, (...) para que pueda ser tenido en cuenta en el momento de ser liquidados los perjuicios a cargo del contratante incumplido, pues al respecto lo importante es que tal desvalorización si haya configurado perjuicio para quien, no obstante haber cumplido, tuvo que demandar la resolución del contrato por incumplimiento de su

contraparte, (...) de ahí que en este caso, el deudor incumplido deba asumir el deterioro de la moneda que ha de devolver.

Y si la resolución de un contrato originada en el incumplimiento de una de las partes fuera realizada en una simple forma mecánica, o sea devolviendo al vendedor incumplido la cantidad que más de 20 años atrás recibió como parte del precio de manos del comprador que sí cumplió, se incurrirá en grave injusticia pues en esa forma se le estaría ocasionando a este último un perjuicio adicional: recibir 20 años más tarde un dinero que apenas en mínima parte vendría a reemplazar el que cumplidamente entregó a su incumplido vendedor bastante tiempo atrás.

No quedaría, por tanto, ni siquiera observado el simple propósito de restablecer el equilibrio inicial ni menos aún resarcido el daño emergente sufrido por el comprador.

Sea de observar que en este propósito de restablecer cabalmente dicho equilibrio la doctrina, los autores y la jurisprudencia han tomado indiscutible rumbo que apunta a tener en cuenta para casos tales y aún sin petición de parte 'la corrección monetaria y las obligaciones de pagar perjuicios', la 'actualización de la suma indemnizatoria teniendo en cuenta la desvalorización de la moneda', 'la pérdida de poder adquisitivo de la moneda', el 'valor actual de los daños por la desvalorización monetaria progresiva' y otros rubros semejantes" (Ordinario de

Urbanizadora Codis Ltda. Vs. Municipio de Ibagué, Ibid., No. 333, junio 9, 1980, pág. 679).

La Sentencia de diciembre 14, 1992 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, a su turno, confirma lo anterior:

“Ninguna duda existe actualmente sobre que la desvalorización monetaria es un perjuicio que debe ser indemnizado cuando, en tratándose de obligaciones dinerarias, estas son incumplidas, o lo son tardía o defectuosamente. Así lo ha definido la jurisprudencia de la Corte como puede verse, por ejemplo, en el siguiente fallo:

‘En los países que, por virtud de los altos y constantes índices de inflación, ven sometida su moneda a una permanente y notoria desvalorización, nadie discute hoy día que dicho fenómeno es, en sí mismo, un perjuicio cuya indemnización es jurídicamente de recibo, cuando a ello hubiera lugar. Dicho perjuicio, también ha sido expuesto, encaja dentro de la noción de daño emergente. Ello es lo que sucede en Colombia y en tal sentido se ha orientado la jurisprudencia de la Corte durante la última década cuando ha abordado problemas concernientes al resarcimiento de daños provenientes del incumplimiento, o del cumplimiento tardío o defectuoso de una obligación contractual, o del quebrantamiento del deber general del *nenimen laedere*’ (Cas. Civ. 12 de agosto de 1988, G.J., T. CXCII, 2º semestre, p. 7)” (Gaceta Judicial CCXIX – Página 722 (Ordinario de G. Garzón y Cía. Ltda. Vs. Rafael V. Roa y Hermanos) ).

## **INDEXACION DE INTERESES MORATORIOS.**

*SEPULVEDA LOZANO CIA LTDA. - INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –  
IDU. 5 de mayo de 1997*

En relación con los intereses moratorios, debe señalar el Tribunal que estos han de generarse a partir del día 22 de enero de 1.996, fecha en la cual se llevó a cabo la reunión para la liquidación del contrato. Ante la ausencia de pacto entre las partes, la tasa de interés que ha de reconocerse es equivalente al doble del interés legal civil, vale decir, al 12% anual sobre el valor histórico actualizado.

Sobre el tema de los intereses el Tribunal debe expresar que la tasa comercial que solicita que se aplique al demandante, no es procedente en razón de que la legislación especial existente en materia de contratación pública, regula, ante el silencio de las partes, una tasa de interés supletiva que, por tanto, prefiere a la supletiva que también regula la legislación mercantil.

## **INDEXACION E INTERESES MORATORIOS.**

*FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO Vs. PRATCO S.A. 25 de febrero de 1999.*

(...)

Es novedosa la previsión consagrada en la Ley 80 de 1993 en materia de contratación administrativa que consignó en forma supletiva de las cláusulas contractuales, una tasa de interés moratoria igual al doble del interés legal, es

decir, del 12%, con lo que se puso termino a una época de incertidumbre en la materia.

En derecho administrativo contractual, durante mucho tiempo se dudó de la viabilidad de los interés moratorios. Como consecuencia de ello, se prohibía a la administración la posibilidad de pactarlos en favor de los contratistas en los contratos que se celebraban y se ponía en duda la facultad del juez para ordenarlos en una sentencia judicial en el caso de que el contrato guardase silencio al respecto.

El escenario anterior fue superado en 1988, cuando una sentencia del Consejo de Estado, de mayo 13 de ese año, con ponencia de Magistrado, Betancur Jaramillo, erigió la aceptación jurisprudencial para que la administración pactara intereses moratorios y para que los jueces, aun sin estipulación contractual al respecto, pudiera condenar a su pago.

(...)

La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo profería en la mayoría de los casos condenas con base en la tasa de interés legal del 6% anual más la actualización del capital mediante aplicación del I.P.C. (índice de precios al consumidor). Los Tribunales de Arbitramento solían ir más allá en favor del contratista particular, condenando a la administración, en los casos de mora en los pagos, a reconocer además de la actualización monetaria una tasa de interés moratorio equivalente al doble del interés bancario corriente.

La Ley 80 de 1993, consagró no solo una tasa sino una posición de fondo atinente a la concurrencia de los intereses con actualización y a la forma del cálculo del

interés moratorio. Interviene en este aspecto y fija una tasa del doble del interés legal civil (12%) cuando las partes no han pactado interés moratorio(...)

(...)

No debe pasarse por alto que el derecho del contratista a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se le modifique durante la vigencia del contrato, es un derecho subordinado a la ocurrencia de situaciones imprevistas que no le sean imputables, porque la finalidad de la norma es que el contratista no sufra una merma del valor económico de su prestación, respecto al valor de la misma al instante de la estipulación original.

(...)

El Consejo de Estado, ha venido afirmando que cuando se deben intereses moratorios, no procede la indexación, porque ellos contienen en su seno la corrección monetaria, lo que no admite discusiones.

Ahora bien, como se trata de una obligación dineraria pura, la actualización monetaria es atendible simultáneamente con el interés moratorio, siempre que se den las condiciones citadas acerca de que exista una obligación determinada y dependiendo de la tasa de interés que se estipule....De manera que la tasa de interés supletiva consagrada por la ley 80 de 1993 y teniendo en cuenta las razones vertidas se transforman en una especie de límite dentro del cual el pacto del interés moratorio es legal.

Por eso la norma es clara en referirse únicamente a los casos en los cuales las partes no han pactado interés moratorio alguno, como en este caso sucedió.

## 8.5 PODERES EXCEPCIONALES

### **PODERES EXORBITANTES / Modificación unilateral del contrato Estatal.**

*COOPERADORES I.P.S. S.A. Vs. FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. 10 de abril de 2000.*

Siguiendo las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, la Modificación Unilateral, se presenta si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.

## **PODERES EXORBITANTES / Modificación unilateral del contrato estatal /**

### **Concepto**

*SEPULVEDA LOZANO CIA. LTDA. Vs INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU. 5 de mayo de 1997.*

Esta figura está consagrada entre nosotros para conferir a las entidades públicas, la potestad excepcional al derecho común, de modificar el contrato de manera unilateral, vale decir, mediante acto administrativo debidamente motivado, por razones de interés público.

### **POTESTAS VARIANDI / Diferencias con el Hecho del Príncipe.**

*CONSTRUCTORA ÁTICA ESTUDIO INTERNACIONAL Vs. DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ (SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL). 20 de noviembre de 2001.*

La *potestas variandi* puede definirse como la introducción de las modificaciones a las condiciones del contrato que la administración se encuentra facultada a hacer como manifestación directa e inequívoca del poder de *imperium* que caracteriza su actividad como gestora y garante del interés general.

Se diferencia la *potestas variandi* del hecho del príncipe, como fuente de indemnización, en que este último se configura cuando la administración adopta medidas generales y abstractas que afectan al contratista, al tiempo que la *potestas variandi* corresponde al ejercicio de las facultades de *imperium* por parte

de la entidad contratante, respecto del contrato, afectando así directamente al contratista por tener relación con el objeto mismo del negocio jurídico celebrado entre la administración y el contratista.

#### **POTESTAS VARIANDI / Requisitos de procedibilidad.**

*CONSTRUCTORA ÁTICA ESTUDIO INTERNACIONAL Vs. DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ (SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL). 20 de mayo de 2000.*

Para que el ejercicio de la *potestas variandi* pueda ser tenido como fuente de indemnización para el contratista, el tantas veces citado doctor Rodrigo Escobar Gil ..., puntualiza los requisitos que en su entender hace procedente una solicitud como la que ocupa la atención de este fallador en el presente caso:

- 1) Que exista un uso legítimo de la *potestas variandi*: esto es, que se trate de modificaciones cuantitativas o cualitativas del objeto o del plazo contractuales.
- 2) Que se presente un detrimento real en la remuneración pactada a favor del contratista, que normalmente se presenta en forma de incremento de los costos o disminución de sus utilidades y que el contratista no tiene el deber jurídico de soportar.
- 3) Que exista un nexo causal entre el detrimento patrimonial del contratista y el ejercicio de la *potestas variandi* por parte de la administración contratante.

#### **8.6 CLAUSULAS EXORBITANTES**

## **CLÁUSULAS EXORBITANTES / De Caducidad / Concepto.**

*UNION TEMPORAL, (DISTRAL S.A., C.M.D. S.A. Y EI CONSORCIO TITO MARCELO PAVICON LTDA. Y PRIMONT LTDA). Vs. ECOPETROL. 20 de junio de 2001.*

Según el mandato del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, cuando el incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista afecta de “manera grave y directa la ejecución del contrato” la administración pública lo dará por terminado y ordenará su liquidación. La cláusula de caducidad es obligatoria en los contratos de obras públicas y se entiende pactada aun cuando no se incluya expresamente.

Es una sanción para el contratista que incumple en atención a que las entidades estatales deben buscar “el cumplimiento de los fines estatales” y la adecuada prestación de los servicios públicos. Según JAIME VIDAL PERDOMO la caducidad “opera como sanción por incumplimiento” (Derecho Administrativo 11 Edic. , Pág. 209).

En consecuencia, la cláusula que consigna la caducidad constituye una obligación para la administración y la declaratoria de la misma no es un mecanismo de presión, ilícito o ilegítimo ni puede considerarse como una “manifiesta ventaja”. Es simplemente la consecuencia legal de la aplicación del estatuto de contratación cuando el contratista incurre en alguna de las causales previstas en el contrato y en la ley.

De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, “la caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.”

Delimitando sus características, la H. Corte Constitucional ha señalado: “La institución de la caducidad , constituye el instrumento idóneo para que la administración, sin la intervención del juez, declare la extinción del vínculo contractual, cuando a su juicio, el contratista, incurso en alguna de las situaciones o conductas descritas, no esté en condiciones de cumplir con los fines públicos que se persiguen con la realización del objeto del contrato”.

“Por otra parte, la cláusula de caducidad es una de las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho común por parte de la doctrina y la jurisprudencia y pone de manifiesto el reconocimiento de poderes excepcionales a la administración que le permiten extinguir el vínculo contractual para asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato.” (Corte Constitucional, Sentencia de octubre 8/98. T – 569/98)

Obsérvese que el principal efecto de la declaratoria de caducidad como cláusula exorbitante de la contratación estatal, es la terminación anticipada o anormal del contrato por motivos de incumplimiento, cuando estos afecten de manera grave y

directa su ejecución, para lo cual la entidad contratante deberá precisar tales motivos o causas que dieron lugar a la caducidad. Debe entenderse pues como una consecuencia jurídica señalada en la ley que proviene del incumplimiento del contratista.

Si bien el contrato constituye ley para las partes, la libertad contractual en materia de contratación estatal está subordinada a los límites impuestos por la ley y la realización de intereses dignos de protección jurídica y circunscritos a la prestación del servicio público, en donde la entidad estatal debe realizar las conductas necesarias encaminadas a evitar que se exponga la efectiva obtención del interés general.

Es así como la caducidad ha sido delimitada por la jurisprudencia como un acto contractual expedido en uso de los poderes exorbitantes cuya finalidad consiste en garantizar una adecuada prestación del servicio público, cuando éste se ve expuesto en razón al incumplimiento grave y directo del contratista.

La legitimidad de la caducidad se fundamenta no sólo en su definición legal dentro del ordenamiento jurídico, así como en la posibilidad que la administración ostenta de utilizarla durante toda la vida del contrato, sino además en la verificación de los supuestos de hecho que se requieren para su correcta procedibilidad y los cuales permiten darle aplicación concreta en un determinado caso, existiendo la posibilidad de atacar el acto en sede administrativa cuando el contratista considera que no se dieron tales supuestos de hecho, aduciendo para ello las

razones pertinentes encaminadas a desvirtuar la presunción de legalidad del acto proferido por la administración. Quiere decir lo anterior, que una vez proferida la caducidad, el contratista goza de la facultad de recurrir el acto cuando considera que su declaración no se ajusta a los preceptos legales.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE UN CONTRATO CELEBRADO POR UNA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.**

*SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT Vs. EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, TELECOM. 10 de agosto de 2000.*

Resulta importante señalar que la jurisprudencia no se ha pronunciado sobre el tipo de caducidad que se debe aplicar a las controversias contractuales, que, cómo en el caso de los contratos que tienen por finalidad la prestación de servicios públicos domiciliarios, tienen un régimen jurídico privado y la jurisdicción encargada de dirimir pleitos es la contencioso administrativa.

El Tribunal aplicara la caducidad prevista en el artículo 136 numeral 10 del C.C.A., tal como fue modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD.**

*BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA Vs. BANCO CENTRAL HIPOTECARIO Y FIDUCIARIA CENTRAL S.A. 9 de agosto de 2000.*

el contrato de fiducia mercantil celebrado el 5 de junio de 1987, según el decreto 222 de 1983 es de aquellos denominados “contratos de derecho privado de la administración”, además que cuando fueran celebrados entre sí por entidades públicas, se sujetarían “únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares”, pero igualmente se agrego que respecto a las nulidades absolutas las propias de la contratación administrativa, y la prescripción le dio 4 años (civil).

\*\*\*\*(Esto podría crear un problema al no saber cual es la caducidad aplicable a este tipo de nulidad, pero el Tribunal dice: es así como el artículo 40 de la ley 153 de 1887 previó: “los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencia que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación” y el artículo 41 dijo: “la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente.” Igual posición tiene el CONSEJO DE ESTADO).

### **CLÁUSULAS EXORBITANTES / Condición resolutoria.**

*INVERSIONES KENO S.A. Vs. EMPRESA COLOMBIANA DE RECURSOS PARA LA SALUD S.A. ECOSALUD. 20 de agosto de 1997.*

En consecuencia, la condición resolutoria de un contrato estatal y las cláusulas exorbitantes o derivadas de las potestades unilaterales de la administración, caducidad, terminación unilateral anticipada del contrato, pueden coexistir, no son

incompatibles y, por lo mismo, la ocurrencia de los hechos constitutivos de la primera, no impone la utilización de las potestades excepcionales sobre declaratoria de caducidad o de terminación unilateral de un contrato.

## **9. MULTAS**

### **MULTAS / Concepto / No son cláusulas exorbitantes.**

*INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S. A. DE C. V- ICA. 30 de noviembre de 2000.*

A diferencia del Decreto 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 no contiene ninguna disposición que, de manera específica, contemple la posibilidad de que las entidades estatales, como una manifestación más de las denominadas cláusulas excepcionales (anteriormente conocidas como potestades exorbitantes de la administración), pueden imponer multas a los contratistas para compelerlos a cumplir, en la forma y tiempo debidos, las obligaciones que asumen. Esa circunstancia ha dado pie a que por algunos sectores de la doctrina se sostenga que en la nueva regulación de la contratación estatal las entidades públicas han perdido la facultad de imponer multas toda vez que la potestad exorbitante que las legitimaba dejó de ser tal. Así vistas las cosas, la única posibilidad de que subsistan dichas sanciones con algunas de las características que anteriormente las distinguían es la de que, de conformidad con lo que previenen los artículos 13 y 32 de la Ley 80, ellas se pacten expresamente en los diversos contratos que las entidades públicas pueden celebrar. Otros autores sostienen, por el contrario, que

la potestad de sancionar con multas a los contratistas del estado es una atribución implícita del Estado, de la cual no puede verse despojado ni le es posible renunciar, pues se deriva directamente de su potestad de imperio, y es manifestación de los poderes de dirección y control que la propia Ley 80, en su artículo 14, reconoce a las entidades estatales “para el cumplimiento de los fines de la contratación”.

### **MULTAS / Régimen de Particulares.**

*DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ. Vs. CONSORCIO COLOMBIANO – ARGENTINO CON.COL.AR. 20 de mayo de 2000.*

De manera que a partir de la entrada en vigencia del actual estatuto de contratación, se abrió para las entidades estatales la posibilidad de pactar las multas en los mismos términos en que ello es posible para los particulares, quienes, lo que es evidente a la luz de las normas del código civil y del código de comercio, pueden hacerlo tal como lo hicieron las partes en el contrato ... Pacto que, además, concuerda con la reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que reconoció claramente esta circunstancia en fallos proferidos todos dentro del marco normativo de la Ley 80 de 1993. ... “De estas dos previsiones se desprende que es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes en un contrato y con miras a asegurar la cabal ejecución del mismo puedan pactar dentro de sus cláusulas una pena (multa), en el caso de inejecución o mora en el

cumplimiento de una obligación como una manera de conminar o premiar al deudor” (Consejo de Estado, C. P.: Ricardo Hoyos Duque).

## **10. LIQUIDACIÓN.**

**LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DEL CONTRATO PUBLICO / Concepto / Objetivo / Acta de liquidación / Tipos de liquidación / Reclamaciones / Invalidación del acta / Desarrollo legislativo / Efectos / Requisitos.**

*FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ D.C. Vs. SOCIEDAD FRANCESA DE EXPORTACION DE MATERIALES SISTEMAS Y SERVICIOS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR SOFREMI. 26 de octubre de 2001.*

No es del caso repetir acá el contenido del Acta de liquidación definitiva, como tampoco los hechos ocurridos acerca de lo estipulado en ella; y en lo que hace a la normatividad administrativa que regula dicha actuación, baste agregar al artículo 60 de la Ley 80 de 1993, transcrito, el texto del artículo 68 de la misma:

“Las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción...”

El tema de la liquidación del contrato administrativo o estatal y, singularmente, el del acta de liquidación definitiva, ha sido objeto de tratamiento constante y profundo, especialmente por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado, persistente en la naturaleza negocial del convenio vertido en el acta y en sus efectos extintivos y liberatorios firmes.

Procede, entonces, citar y transcribir las providencias más recientes y sobresalientes de la Sección Tercera del Consejo de Estado en lo que hace a los requisitos y los efectos del acta de liquidación realizada por las partes de común acuerdo, que yacen en el archivo de la Corporación y en distintos repertorios:

“ . . . El acta de liquidación suscrita de común acuerdo entre las partes no es un acto administrativo en estricto sentido. Es un negocio jurídico bilateral que hace un corte de cuentas entre los contratantes luego de la terminación del contrato... y en el que se define quién debe a quién y cuánto. Sólo se convierte en decisión unilateral cuando no existe acuerdo entre las partes, caso en el cual se tendrá por firme la liquidación presentada por la entidad contratante hecha en forma de resolución motivada; la que además, estará sujeta a los recursos ordinarios de vía gubernativa... ” (Sentencia del 13 de agosto de 1981, Proceso Construcción Preval Ltda, Vs. Fondo Vial Nacional; Expediente número 3725).

“Se recuerda que la liquidación del contrato es, a las luces de lo normado por la ley 80 de 1993, un procedimiento mediante el cual la administración y el

contratista definen sus cuentas, deciden todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, es un acto que por ende, finiquita relación entre las partes del negocio jurídico.

La liquidación puede realizarse de mutuo acuerdo entre las partes, momento en el cual los contratantes definen cuales son los puntos en que están de acuerdo y cuáles las obligaciones cuya satisfacción queda pendiente, quién le debe a quién y que cantidad. Momento en el cual las partes conocen a ciencia cierta si se les reconocerá o no el pago de las indemnizaciones por los perjuicios sufridos durante la ejecución del contrato. Y es esa la oportunidad que tienen de expresar las reclamaciones que quedan pendientes de solución”. (Sentencia de 25 de febrero de 1999, proceso Ejecución Ltda. , contratistas Vs.. Departamento de Santander; expediente No. 14499).

“Conviene precisar, sin embargo, cómo en el caso examinado las partes de común acuerdo suscribieron el acta de liquidación del contrato el 16 de julio de 1.992. En tal ocasión, cuando las partes definieron el monto de la obligación y a cargo de quién quedaba su cancelación, ha debido el contratista formular los reparos y reclamaciones que ahora improcedentemente pretende conseguir por vía jurisdiccional, con absoluto desconocimiento de los términos consignados en el acta de liquidación, que por su misma naturaleza han de considerarse definitivos, a menos que se acreditaran vicios en el consentimiento, que hubieran llevado al contratista a suscribir el acta liquidatoria por error, fuerza o dolo, eventos excepcionales éstos que ni siquiera menciona el demandante. La circunstancia

bien evidente de que el contratista omitiera objeciones o salvedades en la liquidación final del contrato, respecto de las obligaciones emanadas del mismo y que luego las considera insolutas, impide que su reconocimiento y pago, como sucede en el sublite, se reclame judicialmente, con posterioridad a la liquidación, diligencia ésta que precisamente persigue finiquitar administrativamente la relación entre las partes integrantes del negocio jurídico. Tal ha sido, por lo demás, el reiterado de la Sala, para concluir con un pronunciamiento adverso a las súplicas del demandante”. (Sentencia de 10 de septiembre de 1998, proceso Octavio Millán Flechas Vs.. Distrito Capital de Santafé de Bogotá, Departamento Administrativo de Acción Comunal; expediente No. 11.48).

“De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de una vez liquidado el contrato por parte de la administración y el contratista por mutuo acuerdo, dado su carácter bilateral tal acto no es susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional a menos que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o cuando dicha liquidación se haya suscrito con salvedades o reparos por alguna de ellas en el mismo momento de su firma. En otras palabras, no podrá pretenderse la revisión o reclamación judicial de aspectos resueltos en la liquidación del contrato o sobre cuales no se hizo salvedad alguna” (Sentencia de 15 de octubre de 1999, proceso Bustamante Cárdenas Ltda. Vs IDU; expediente No. 10929).

“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 consideraban insolutos, le impide demandar a través de un proceso judicial su

reconocimiento. Ha sido jurisprudencia reiterado de esta Sala que cuando la liquidación del contrato se realiza entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tengan cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato... La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellas que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptibles de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo. La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en que estado quedan después de cumplida la ejecución de aquel; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se puede formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento “. (Sentencia de 10 de abril de 1997, proceso Hugo Segura Lara Vs.. Distrito Capital de Santafé de Bogotá; expediente número 10608).

“(como quiera que) No se discute que hoy el acta de liquidación de un contrato estatal en la que las partes no hayan hecho salvedad alguna, cierra el debate ante esta jurisdicción para reclamaciones futuras por los aspectos que se

relacionan directamente con la ejecución que se ha liquidado”. (Sentencia del 11 de Mayo de 1.999, Proceso Broga Ltda, Vs.. ISS, expediente No. 10.196).

“Así como la jurisprudencia ha reiterado que la suscripción del acta de liquidación por parte del contratista, sin salvedades, no le permite demandarla luego, así también debe afirmarse que, de igual manera, la administración no podrá ni declarar posteriormente el incumplimiento del contratista (así sea para hacer efectiva la cláusula penal) ni pretender con éxito un reconocimiento ante el juez del contrato por su incumplimiento. La suscripción del acta por las partes, sin salvedades, les cierra, en principio el debate jurisdicción con posibilidades favorables salvo que se cuestione por vicios en el consentimiento (error, fuerza o dolo).” (Sentencia de 6 de mayo de 1991, Proceso Mitsui Cía, Ltda., Vs.. Telecom, expediente No. 6661).

“Se trata, pues, de un acto jurídico bilateral, en tanto que en él participaron las dos partes en el contrato, modalidad prevista desde el artículo 192 del decreto 150 de 1976 y reproducida por el artículo 288 del decreto 222 de 1983; en este último estatuto quedó consagrada, además, la posibilidad de que la administración liquidara unilateralmente el contrato, cuando quiera que no existiese acuerdo entre las partes; el doble mecanismo liquidatorio aparece hoy establecido en los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1993. Obviamente, la liquidación del contrato es impugnabile cualquiera sea la forma que adoptó, vale decir, sea ella bilateralmente o unilateral. Si la liquidación es bilateral se trata de un acto convencional y, por lo tanto, en ella se deben reunir los elementos previstos por el artículo 1502 del C.C.

y podrá quedar afectada de nulidad en los eventos previstos por el título XX del libro 4º del mismo Código arts. 1740 y ss. Por consiguiente, decir que la liquidación bilateral no es impugnabile jurisdiccionalmente equivaldría a cercenar los derechos del contratista cuando estime, por ejemplo, que no aportó su consentimiento al acto liquidatorio o que su consentimiento estuvo viciado ... etc...

“ . (sentencia de 29 de agosto de 1995, Proceso De la Peña Santander Asociados Ltda., Vs.. Ministerio de Salud, Fondo Nacional Hospitalario; expediente No. 8894).

“... El acta de liquidación del contrato, suscrita sin observaciones, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corporación, tiene el mérito de finiquitar el contrato pues en ella se recoge un verdadero negocio jurídico que permite definir quién debe a quién y cuánto. Si de ella resultare un saldo a cargo de una de las partes, que no es pagado ora por la administración, ora por el contratista, la ley abre la vía del proceso ejecutivo al acreedor. Frente a esta verdad jurídica, el derecho no tolera que se cambien sus esquemas por los particulares para acomodar sus intereses a lo que consideran que debería ser. No encuadra dentro de la lógica de lo razonable que la simple circunstancia de que la administración no pague el saldo a su cargo, que se recoge en el acta de liquidación, abra la vía para discutir nuevamente, por la vía ordinaria, aspectos que ya fueron finiquitados por las mismas partes, no siéndole permitido a éstas, volver contra sus actos propios” (Auto de 22 de marzo de 1990; Proceso Ecocivil Vs.. Lotería del Cauca; expediente No. 5866).

“El acervo probatorio muestra que es verdad jurídica que el día 21 de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987), los representantes de las partes que suscribieron el contrato No. 074 de 30 de septiembre de 1986, firmaron el “ACTA DE LIQUIDACIÓN”, que aparece a folio 9 del cuaderno No. 2, sin observaciones de ninguna naturaleza, y recíprocamente se declararon a paz y salvo, la obra fue recibida ‘. . . a entera satisfacción . . .’ y la firma CONSTRUCTORA BANI Ltda., reconoció que ‘... no queda ningún saldo pendiente a favor del contratista...’

Dentro de este marco de circunstancias, la excepción propuesta está llamada a prosperar, y, por lo mismo, las pretensiones enlistadas en la demanda serán denegadas.

En esta materia la Corporación reitera la pauta jurisprudencial que se recoge en sentencia de 17 de mayo de 1984, expediente No. 2796. Actor Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en la cual se lee:

‘... debe estudiarse el alcance del acta, que está asistida de presunción de validez, puesto que al otorgarse por los contratantes o sus respectivos o autorizados representantes, compromete su veracidad como negocio jurídico. Esta Sala ha tenido ocasión de referirse a este nuevo asunto, en los siguientes términos:

Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente

comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién deba 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. (Sentencia, Sección III, expediente 1960).

Esto es, el acta que se suscribe, sin manifestación de inconformidad, sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o extensos (sic) de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario deben ser consideradas para producir efecto que se dice en él...' (Anales Primer Semestre 1984, página 689).

En apoyo de la anterior perspectiva viene el principio de la dogmática jurídica que enseña que no es lícito a las partes venir contra sus actos propios. VINIERE CONTRA FACTUM PROPIUM NON VALET. Sobre este particular el profesor Jesús González Pérez, enseña:

‘Que la norma conforme a la cual a nadie es lícito venir contra sus propios actos tiene sus fundamentos y raíz en el principio general del Derecho que ordena proceder de buena fe en la vida jurídica, parece incuestionable, como hace años puso de manifiesto DIEZ PICAZO y ha venido corroborando la doctrina posterior’.

La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían proveer. Como dice una sentencia del 22 de abril de 1987 ‘... la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprende de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifiesto explícitamente tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable al actor desconocer, ahora el efecto jurídico que se desprende de aquel acto...” (El principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, págs. 117 y 88).” (Sentencia de 12 de julio de 1990, Proceso Constructora Vani Ltda., Vs.. Instituto de Crédito Territorial ; expediente No. 5651).

Síguese de ahí que el ordenamiento colombiano: legislación y jurisprudencia, permiten a la Administración y al particular, partes en el contrato administrativo o estatal, liquidar su relación contractual por medio de acuerdo, dentro de la figura del “Acta de liquidación definitiva”, en la que, como es obvio, deben hacer constar los “acuerdos, conciliaciones, transacciones”, mediante los cuales “ponen fin a sus divergencias y se declaran a paz y salvo” (artículo 60 citado).

La legitimidad de dicho acuerdo liquidatorio está sometida a requisitos de distinto orden: los comunes a todo “acto o declaración” (artículo 1502 del Código Civil) y

los específicos de la figura (artículo 60 de la ley 80 de 1993): de oportunidad; de contenido: regulación de la garantía de estabilidad de la obra o de la calidad de los bienes, provisión de repuestos, responsabilidad respecto de terceros, cumplimiento de las obligaciones que eventualmente hayan de ser ejecutadas con posterioridad.

Habiendo optado las partes por el procedimiento de la liquidación bilateral, los pronunciamientos que válidamente hagan en el acta respectiva son vinculantes y obligatorios, y no pueden ser informados sino por causa de nulidad. Es lo que resulta de la naturaleza negocial del acuerdo que previene la norma del artículo 60, articulada con los preceptos del Código Civil (artículos 1602 y 1603) y del de Comercio (artículo 871), repetidamente citados. Compete a la autonomía a las partes exponer de sus intereses en los términos que mejor les parezca, y su disposición “legalmente es ( tiene fuerza de ) ley” para ellas, y en cuanto a los efectos finales de aquella, serán, como lo previenen los artículos 1602 del Código Civil y 781 del Código de Comercio, en primer término, los que corresponden a lo expresado en el acto o negocio jurídico, y complementariamente, los que convienen a la naturaleza del mismo y a la equidad, teniendo presente y acogéndola, la intención de las partes (artículo 1618 del Código Civil).

De forma que la presencia del *Acta de liquidación definitiva*, con la calidad de tal que efectivamente posee, legalmente celebrada y en firme, bastaría de suyo para denegar pretensión indemnizatoria por afirmados incumplimientos de obligaciones

que, en últimas se habrían extinguido por las declaraciones de aquella acta y por los efectos inherentes a ella.

**LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DEL CONTRATO PUBLICO / Obligación de liquidar el contrato / Mandato legal.**

*INCOEQUIPOS S. A. Y SALEH Y TORRES LTDA. Vs. COINCO LTDA. 6 de junio de 2001.*

Los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 disponen que los contratos de tracto sucesivo o aquellos cuya ejecución o incumplimiento se prolongue en el tiempo, y los demás que lo requieran , serán objeto de liquidación, bien de común acuerdo o en forma unilateral, en caso de que el contratista no se presente a la liquidación o no se llegue a un acuerdo sobre el contenido de la misma.

La declaratoria de incumplimiento del contrato, por no haberse liquidado el contrato, no solicitada en este proceso, está llamada a prosperar por las siguientes razones:

El incumplimiento de un contrato, se presenta por la inejecución, o la ejecución tardía o retardada de una obligación que le corresponde a alguno de los contratantes.

La obligación de liquidar el contrato, que es de origen legal, tiene por objeto que una vez terminado el contrato las partes definan los saldos que a favor o en contra de cada una de ellas resulten.

Sin embargo, la liquidación misma no es una obligación que constituya objeto del contrato, ni se entiende terminado legalmente solo con la liquidación.

Sabido es que los contratos son actos jurídicos llamados a crear derechos y obligaciones y que éstos son vínculos jurídicos en virtud de los cuales una o más personas deben realizar prestaciones de dar, hacer o de no hacer, en provecho de otra u otras. No obstante la única fuente de obligaciones no es el contrato.

Se trata aquí de establecer si la falta de liquidación del contrato constituye incumplimiento de una de las obligaciones del mismo. Los artículos 60 de la Ley 80 de 1993 y 136 del Código Contencioso Administrativo establecen tal obligación, en cabeza de la Entidad Estatal y del Contratista, en un primer momento y, posteriormente, otorgan la facultad a la Entidad Estatal para que ésta practique la liquidación en forma unilateral.

Si bien tal omisión constituye incumplimiento de un mandato legal, el mismo no se enmarca dentro de la vida del contrato. La obligación de liquidar el contrato se ha fijado en la ley no como un vínculo obligatorio de una de las partes para con la otra, sino como un deber legal que mira el interés público, en razón de que a

todos interesa que las entidades estatales definan los saldos a favor o en contra que les resulten.

En síntesis, la obligación de liquidar el contrato no está impuesta por la ley a una sola de las partes del mismo. Más bien, lo que ha señalado es un procedimiento, que puede terminar en un acuerdo bilateral, en una liquidación unilateral o en una liquidación judicial del contrato.

Sin embargo, el hecho el hecho de que la entidad estatal no haya efectuado la liquidación unilateral del contrato no constituye incumplimiento a las obligaciones que adquirió por virtud del mismo, como tampoco podría predicarse incumplimiento negocial del contratista que no acudió a efectuar la liquidación en forma bilateral.

**LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DEL CONTRATO PUBLICO / Obligación de liquidar el contrato / Mandato legal.**

*INCOEQUIPOS S.A. Y SALEH Y TORRES LTDA. Vs. COINCO LTDA. 6 de junio de 2001.*

La obligación de liquidar el contrato, que es de origen legal, tiene por objeto que una vez terminado el contrato las partes definan los saldos que a favor o en contra de cada una de ellas resulten.

Sin embargo, la liquidación misma no es una obligación que constituya objeto del contrato, ni se entiende terminado legalmente solo con la liquidación.

La omisión de ésta obligación no constituye un incumplimiento en relación con el contrato. Tampoco que la administración, en un segundo momento se abstenga de realizar la liquidación en forma unilateral.

Si bien tal omisión constituye incumplimiento a un mandato legal, el mismo no se enmarca dentro de la vida del contrato. La obligación de liquidar el contrato se ha fijado en la ley no como un vínculo obligatorio de una de las parte para con la otra, sino como un deber legal que mira el interés público, en razón de que a todos interesa que las entidad estatales definan los saldos a favor o en contra que les resulten.

**LIQUIDACION DEFINITIVA DEL CONTRATO PUBLICO / Concepto / Acta bilateral / Acto jurídico / Acta unilateral / Acto administrativo / Obligaciones contenidas en el acta de liquidación.**

*DRAGADOS HIDRAULICOS LTDA. Vs. LA NACION - MINISTERIO DE TRANSPORTE. 28 de Febrero de 2.001.*

La liquidación de los contratos estatales, cuando por su naturaleza o tipo se requiera de esta instancia, es una obligación legal de la administración contratante.

La liquidación unilateral o bilateral de un contrato no constituye una decisión nueva de la administración o del contratista; en ella no puede sino reflejarse la realidad de la ejecución del contrato, y por lo mismo es lo que la doctrina considera un

mero acto de ejecución, sin que tal condición le reste a su naturaleza esencial de ACTO JURÍDICO productor de efectos en derecho.

(...)

Dentro de las potestades excepcionales de la administración contratante, se encuentra la facultad que la ley le concede para liquidar el contrato estatal por acto administrativo debidamente motivado cuando "el contratista no se presenta a la liquidación -en los términos del artículo 60 del estatuto- o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma. " (Artículo 61, ley 80/93). Previamente a la expedición del acto administrativo contentivo de la liquidación unilateral del contrato, y dado que su competencia deriva de las precisas circunstancias que prevé la ley, la entidad deberá necesariamente agotar el procedimiento previsto en el artículo 60 del estatuto contractual, que impone a las partes agotar la instancia bilateral, para lograr la liquidación acordada del contrato. Esta instancia constituye un requisito esencial de procedimiento para la entidad contratante, antes de disponer la liquidación unilateral del contrato; esto es, sólo cuando no se ha logrado el acuerdo entre las partes para la liquidación bilateral del contrato, o cuando el contratista no acepta la liquidación que le presenta la entidad, podrá ésta expedir el acto administrativo de liquidación.

Es así cómo, al establecer la ley la facultad de la entidad contratante para liquidar unilateralmente el contrato estatal, como contrapartida, prevé la posibilidad para el contratista de disentir de su contenido y reservarse el derecho a reclamar, esto es

a demandar por la vía judicial, una vez agotada la vía gubernativa, las disposiciones del acto administrativo que se rehusa a aceptar.

(...)

Y no podrá decirse que la ausencia de firma del representante legal de la entidad contratante, en un documento que él mismo produce y remite al contratista para su firma como señal de asentimiento a su contenido, contenido predefinido por el remitente, hace "inexistente" el acuerdo, que se perfeccionó con la aceptación del contratista. Admitirlo, implicaría aceptar que el Estado productor del documento contentivo de la liquidación del contrato, tendría la prerrogativa de que el mismo nunca se liquidara u obtuviera firmeza y poder jurídico vinculante con su sola abstención de suscribirlo.

(...)

Ahora bien, tal como lo establece la ley, en el acto de liquidación deberán constar las obligaciones y derechos a cargo y a favor de las partes resultantes de la ejecución del contrato. De las que se hubieren producido con anterioridad a la liquidación del contrato y que las partes hagan constar en la misma -como es su deber contractual- el documento o acuerdo de liquidación que las admita tendrá respecto de ellas carácter meramente declarativo y no constitutivo; y, a contrario sensu, de aquellas que surjan con ocasión de la liquidación, el acuerdo respectivo tendrá carácter constitutivo.

**LIQUIDACION DEFINITIVA DEL CONTRATO PUBLICO / Requisitos para solicitar la liquidación.**

*CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE FENALCO, COMFENALCO Vs. CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL. 24 de octubre de 2001.*

(...) cabe analizar en este punto si para proceder a la liquidación es necesario solicitar expresamente el incumplimiento de la administración respecto de su deber de liquidar. Tiene claro el Tribunal que para proceder al respecto basta que se cumplan dos requisitos: a) que la solicitud de liquidar el contrato esté contenida en la demanda, y b) que no aparezca probado que el contrato se liquidó bien sea de común acuerdo o unilateralmente por la entidad estatal, en ejercicio de la facultad que consagra el artículo 68 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, el acto de liquidación judicial de un contrato estatal por parte del juez tiene un marco jurídico conceptual muy claro: el carácter rogado de la jurisdicción , en este caso concreto de la arbitral , pero en general de la contencioso administrativa que sería aquella encargada de conocer de este asunto sino se hubiese previsto la cláusula compromisoria. Como consecuencia de ello debe el Tribunal advertir que la solicitud de liquidación debe expresar con claridad las obligaciones que se pretende hacer valer y que es deber de la otra parte objetar tales pretensiones y alegar y hacer valer las acreencias sobre las cuales existe desacuerdo.

## **11. CONTRATO DE OBRA PUBLICA**

### **CONTRATO DE OBRA / Objeto.**

*UNION TEMPORAL (DISTRAL S.A. – CMD S.A. – CONSORCIO TITO MARCELO PAVICON LTDA. Y PRIMON LTDA.) Vs. ECOPETROL. 20 de junio de 2001.*

Contrato de Obra, cuyo objeto consiste en el “*diseño, suministros, construcción, montaje y puesta en operación*”, de unas obras destinadas a la prestación de un servicio público.

**CONTRATO DE OBRA / Mano de obra / costo directo / administración, imprevistos y utilidades (AIU).**

*MALLAS EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES LTDA., MAECO LTDA. Vs. FONDO NACIONAL DEL AHORRO. 10 de marzo de 1999.*

La demandante carece de razón en este punto por cuanto la mano de obra, lo mismo que los materiales empleados en la misma, constituye un factor que guarda proporción con el volumen de la obras realizadas y no con la permanencia del contratista. Es dable entender que el valor de la mano de obra forma parte del costo directo que está indisolublemente ligado a la cantidad de obra ejecutada, y es así como el Tribunal llega a la conclusión de que el único perjuicio financiero vinculado a la mayor permanencia en la mano de obra está representado por el valor de la administración, imprevistos y utilidades, no compensado con la mayor cantidad de obra.

**CONTRATO DE OBRA / Mayores riesgos para el contratista / Alea calculada.**  
*INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS  
CIVILES ASOCIADOS S.A. De C. V- ICA. 30 de noviembre de 2000.*

En ese sentido, es necesario tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 25, y en el numeral 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, en los Contratos de Obra se puede pactar la realización de prácticamente todo tipo de obra material sobre bienes inmuebles cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago, y que, además, no será aplicable la exigencia de diseños cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes. Dichas disposiciones, y en particular la primera, indican al Tribunal que el legislador sí previó como jurídicamente viable la posibilidad de que una entidad estatal, en uso de su mejor criterio y de su creatividad, ya sea porque no puede conocer en detalle todas las características técnicas de su proyecto, o porque dadas sus necesidades quiere buscar un estilo de contratación diferente, pueda diseñar fórmulas de contratación novedosas, ajustadas a su realidad o a las características especiales del proyecto que vaya a realizar, siempre y cuando, claro está, que con ello no se irrespeten los principios propios de la contratación estatal y los derechos que por ley asisten a los contratistas.

En desarrollo de lo anterior, el Tribunal es de la opinión que, en principio, es ajustado a derecho y no viola los principios de la buena fe y la equidad contractual, un contrato en el cual la entidad contratante traslada al contratista ciertos y

determinados riesgos, siempre y cuando, se repite, la entidad así lo informe al contratista, y se compensen a éste los riesgos que se le pide que asuma. En ese sentido, un contrato de esas características sería simplemente un convenio en el que el alea comercial normal sería mayor, y en el que, en consecuencia, las contraprestaciones tendrían también que ser mayores; y en tales condiciones, esos riesgos no corresponderían a un alea anormal, sino a un alea calculado, y debidamente compensado.

Ahora bien; en un contrato semejante al descrito serían igualmente aplicables los principios propios de la contratación estatal, y se tendría que mantener siempre la equivalencia o igualdad entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer y contratar, y si ésta se rompiera por causas no imputables al afectado, será responsabilidad de las partes restablecerla. Por tal razón, en un contrato de tales características sería importante dejar claro hasta dónde llega el alea normal asumido por el contratista , y dónde comienzan, entonces, las causas que no le son imputables.

**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / Precios unitarios / Aplicación del Decreto ley 222 de 1983.**

*ARQUITECTOS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES LTDA., ACEI LTDA.*

*Vs. FONDO NACIONAL DEL AHORRO. 14 de mayo de 1999.*

“...se hace referencia a las normas del decreto extraordinario 222 de 1983, reguladoras del tipo contractual denominado contrato de obra pública a precios unitarios y a la cláusula décima primera del contrato 005 de 1994. Ya se expuso en la parte de este laudo, relativa al régimen del contrato, cómo, ante la ausencia de estipulaciones concretas sobre esta clase de contratos en el actual estatuto contractual, el régimen de la relación jurídica que se analiza en el presente trámite arbitral está claramente determinado, en cuanto a las características del contrato mismo, por las cláusulas del contrato, complementadas por las normas pertinentes del derogado régimen de contratación administrativa.”

Es así como el artículo 89 del decreto extraordinario 222 de 1983 establecía que en esta clase de contratos “el contratista es el único responsable por la vinculación de personal, la celebración de subcontratos y la adquisición de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiriera responsabilidad alguna por dichos actos.”

**PRECIOS UNITARIOS / Riesgos Del oferente a precios unitarios / Riesgos asumidos por la Entidad contratante / Traslado de riesgos**

*INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S. A. DE C. V- ICA 30 de noviembre de 2000.*

Ahora bien; es comprensible que para efectos de la preparación y presentación de su oferta, cada interesado realiza suposiciones y combinaciones de precios para

los distintos ítems que se pedían, según las combinaciones o mezclas de cantidades de obra de cada ítem que él estimara, de tal manera que ello le permitiera presentar la mejor propuesta comercial que pudiera, y que para eso podía partir de su propia interpretación del alcance de los Pliegos o de lo que él razonablemente pensara que sería la composición de la obra; pero también lo es que ello implicaba tomar un riesgo de cuyas consecuencias tenía que ser consciente el contratista, pues sino presupuestaba precios unitarios adecuados para cada ítem contractual, corría el riesgo de incurrir en pérdidas en el evento de ser el ganador de la licitación, y de que unos ítems mal presupuestados resultaran de frecuente aplicación. Contrario sensu, si no corría ese riesgo, y si presupuestaba adecuadamente cada ítem contractual, podría tranquilamente ejecutar cualquier mezcla de ítems de obra que finalmente resultara.

El tribunal considera que de acuerdo con lo dispuesto en los ordinales b), c), d) y e) del artículo 24, en el numeral 12 del artículo 25, y en el numeral 1 del artículo 26 de la ley 80 de 1993, es responsabilidad de cualquier entidad estatal contratante minimizar los riesgos de la contratación, y que ello se logra principalmente mediante la elaboración de todos los estudios y diseños requeridos, y la expedición de pliegos de condiciones y la celebración de contratos que contengan normas claras y precisas. Sin embargo, considera que de lo anterior no se desprende que a las entidades estatales les esté siempre vedado trasladar algunos riesgos importantes a su contratista, o que ella en todos los casos esté obligada a conocer o a comunicar al contratista todos y cada uno de los detalles técnicos de la obra.

**CONTRATO DE OBRA / Mayor permanencia en obra / Plazos estipulados /  
Mayores costos al contratista / Compensación de los mayores costos /  
Mayores costos por suspensión del contrato**

*CONSORCIO CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ Y OTROS Vs.  
FERROVIAS. 7 de marzo de 2002.*

El plazo del contrato no solamente tiene vital importancia para determinar el ámbito temporal de ejecución del contrato y de contera como referente para evaluar del programa y del cronograma de trabajo, sino que es esencial para fijar el valor de la propuesta y del contrato. Tiene, entonces, una relación directa y estrechísima con su valor. En efecto, cuando un oferente evalúa el proyecto con miras a preparar la propuesta deberá examinar el costo directo de los materiales, insumos, mano de obra, transporte, maquinaria, etc., que ha de utilizar en la realización de los trabajos según el plazo que se haya dispuesto; así mismo, y con criterio similar establecerá los costos indirectos a manera de un porcentaje sobre aquellos. En el argot de la contratación a estos costos indirectos se les conoce bajo la sigla AIU que representan los gastos de administración (Oficinas, servicios, director de obra, etc.), los concernientes a los imprevistos ordinarios y habituales según el tipo de proyecto que se acometa y la utilidad que ese particular negocio le proporciona. Por supuesto que si para ejecutar la misma obra el plazo fuera diferente, sea mayor o menor, el valor diferirá, no por los materiales e insumos

empleados porque corresponderán a la misma obra sino por los indirectos, particularmente por los administrativos, de personal y por equipos. Esto por cuanto el valor de administración del contrato en cuanto el plazo es diferente será distinto porque tendrá que pagar otros valores diferentes de oficina, servicios, mano de obra y por concepto de maquinaria.

De manera que cuando el oferente presenta su propuesta , el valor de la misma se encuentra vinculada con el plazo y también con otra serie de circunstancias e hipótesis que condicionan las propuestas desde otros ángulos. Si durante la ejecución del contrato esas hipótesis se alteran por circunstancias no atribuibles al contratista, por ejemplo el plazo, la ecuación contractual se rompe en cuanto implica un gasto mayor por el tiempo que en exceso dure la obra. El sólo reconocimiento del costo previsto inicialmente más los ajustes pactados no compensa el mayor valor porque deja de lado conceptos que afectan patrimonialmente al contratista como son los gastos de administración , mano de obra y por equipos, los que aumentarán en proporción al tiempo que tenga que mantenerse de más la obra, así el costo mismo de los costos directos no se altere.

La prolongación en el tiempo más allá de lo convenido produce también otro perjuicio evidente en la economía del contrato. Tiene que ver con la utilidad que el mismo reporta y la cual ha de obtenerse en una determinada época o espacio de tiempo. Si la utilidad inicial se obtiene meses e incluso años después, es claro el perjuicio porque en esas condiciones el valor real, mas no el nominal, estará por lo

menos envilecido por fenómenos inflacionarios o devaluativos cuando se presentan componentes en monedas foráneas.

Dentro de los perjuicios que produce un desequilibrio contractual hay que distinguir de manera clara entre aquellos que implican una mayor erogación para el contratista y aquellos que no implican un gasto propiamente dicho sino la pérdida de valor real. Así por ejemplo, en tratándose de la utilidad, el valor cancelado por la entidad es el que debe reflejarse en la situación financiera del contratista más no así el valor histórico desactualizado que no tiene un reflejo directo en esa situación o en su contabilidad. Por eso es que en estos casos, y en otros análogos como sería, verbi gracia, la actualización del anticipo por su pago inoportuno o uso a destiempo, no es factible inferir el daño a partir de los balances o estados financieros del afectado.

En otros casos la jurisprudencia y la doctrina han establecido reglas y pautas para inferir los daños con criterios que las máximas de la experiencia aconsejan como justos y razonables.

Contrario a lo que sostiene el convocado en sus alegatos de conclusión , el Consejo de Estado y los Tribunales de Arbitramento que se han ocupado del tema han reconocido que la manera de compensar los efectos producidos por la prolongación del plazo a de hacerse a través de la determinación del valor diario que para el contratista le cuesta administrar el contrato, según los valores y porcentajes asignados en la propuesta al ya mentado A, del AIU. Ese valor es

multiplicado por el número de días que corresponda a la aludida prolongación del tiempo o por el que estuvo paralizado el contrato, según el caso. Por lo mismo, no hace falta inferir su valor con fundamento en otro tipo de pruebas. Baste para el efecto, se reafirma, acreditar el mayor plazo, que la prolongación no es por hechos imputables al contratista y el valor del concepto A dentro del AIU ofertado. Incluso existen pronunciamientos jurisprudenciales en donde el valor a compensar no se limita al A sino que cobija todo el AIU.

De un criterio tal el Tribunal se separa porque encuentra que en tanto se respete la utilidad inicialmente prevista, haciendo los ajustes que se derivan de su obtención a destiempo, al contratista han de reconocérsele los mayores costos en que incurrió pero sin que sobre ellos se pretenda agregar una utilidad adicional.

Finalmente, el tribunal considera pertinente recordar que no es válida la postura que sostiene que durante una suspensión de obra, no se generan costos ni que se pueda inferir una renuncia a los mismos por el hecho de suscribirse una suspensión o una prórroga en donde se guarda total mutismo sobre el particular porque las renunciaciones deben ser expresas y claras. Sobre el particular el Consejo de Estado en sentencia de octubre 15 de 1999, C. P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, afirmó: "Aceptar la apreciación del tribunal (El tribunal rechazó la petición de la demandante que solicitaba sobrecostos por la mayor permanencia en la obra durante el tiempo de suspensión del contrato, por ser este período fruto de un mutuo acuerdo) daría lugar a pensar que el contratista so pretexto de no renunciar a una posterior reclamación judicial por los posibles perjuicios que le pudiere

ocasionar la suspensión del contrato , no consintiera con ella y la dejara a la voluntad de la administración, porque es claro que el hecho de no haberse previsto en el acta de suspensión lo atinente a las consecuencias económicas de la misma o la falta de salvedades previstas por el contratista, no significa que haya renunciado a formular reclamaciones y más si aquella tuvo origen en circunstancias que no le son imputables a él”.

**CONTRATO DE OBRA / Mayor permanencia en obra / Imprevistos / Restablecimiento financiero contractual.**

*SEPULVEDA LOZANO CIA. LTDA. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU. 5 de mayo de 1997.*

Sea lo primero advertir que para el Tribunal, el concepto de mayor permanencia en obra, no alude a los valores y a los costos de los materiales de obra y de los diseños. Para el manejo de situaciones que tocan con el valor intrínseco de esos bienes, se han elaborado teorías como la de revisión, actualización o reajuste de precios.

La mayor permanencia tiene que ver con la incidencia del factor tiempo en los costos de la obra. El valor de oferta que establece el proponente tiene una relación directa con el tiempo estimado de ejecución. Si por causas no atribuibles al contratista, ese tiempo se ve aumentado, las consecuencias económicas deben

ser asumidas por la entidad contratante. El mayor transcurso del tiempo no necesariamente repercute en el valor mismo de los materiales de obra, pero sí incide en los costos directos de administración, en los de mano de obra y en los costos propios de la maquinaria y equipos.

Cuando se avoca el tema de mayor permanencia, el Tribunal recuerda que no tiene en consideración valores de materiales o de trabajos ejecutados, sino simplemente el impacto del mayor tiempo de ejecución en la economía del contrato. Incluso puede acaecer que en determinado evento no se den obras adicionales, pero sí una duración del contrato mayor a la estipulada, por hechos no imputables al contratista, en cuyo caso éste tendría derecho al reconocimiento de las mayores erogaciones en que incurrió por el tiempo adicional, entre las cuales los costos de administración son vitales en aras de garantizar el total restablecimiento de la ecuación económica y financiera alterada.

Los imprevistos aluden a una estimación razonada que hace el oferente de los gastos probables que en la ejecución de una obra pueden acontecer y que la entidad cancela en proporción al valor del contrato. Cuando al momento de concluir la obra, dichas erogaciones no se hubieren causado, las ventajas que se derivan de esa circunstancia se radican en beneficio del contratista, como en su cabeza se radicarán las desventajas que provienen de la ocurrencia de gastos mayores a los estimados. Todo ello dentro de la acepción del álea normal que en este laudo se ha expuesto.

El reconocimiento por mayor permanencia de obra se efectúa en razón del exceso de tiempo de ejecución del contrato, respecto del período inicialmente convenido. En efecto, a medida que el contrato se extiende en el tiempo, es lógico pensar que los costos de administración, de equipos y de mano de obra, tienen que sufragarse durante ese mayor espacio de tiempo. No se alude, por ende, dentro del concepto comentado, al plazo contractual porque dentro del valor del negocio estipulado por las partes, ha de entenderse que tales costos se encuentran incluidos. Por lo mismo, el costo promedio ponderado mensual de los equipos en la forma determinada en este laudo, permite inferir los mayores costos en que tuvo que incurrir el contratista como consecuencia de haberse prorrogado el contrato por un período de tiempo superior al estimado inicialmente.

**CONTRATO DE OBRA / Mayor Permanencia en Obra / Mayores costos.**

*UNIVERSAL S.A. Vs. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI - SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA VIAL Y VALORIZACIÓN. 31 de agosto de 2001.*

Cuando una persona presenta una propuesta para la construcción de una obra, el elemento fundamental que ha de considerar para el establecimiento de sus costos y, en consecuencia, del valor de la misma, es el relativo al tiempo que demanda su ejecución. Dependiendo de él, entre otros aspectos, el valor será uno u otro. Si en el desarrollo del contrato ese elemento se altera y aumenta considerablemente por circunstancias no imputables a quien las alega, por supuesto que no puede pretenderse que el valor de la obra sea el mismo, así se trate de la misma

contratada. El mayor tiempo de ejecución genera unos costos adicionales que no están cubiertos con los valores iniciales.

*De manera que “el concepto de mayor permanencia en obra responde al cambio del factor tiempo en la ejecución del contrato. Por hechos no imputables al contratista y en la inmensa mayoría por el desconocimiento oficial de obligaciones y deberes, especialmente surgidos durante la fase preparatoria y de planeación, el objeto del contrato no se realiza en el tiempo estipulado sino en uno mayor.*

*El objeto ejecutado es el mismo por lo que no consideramos en esta hipótesis los desplazamientos de tiempo que se originan en condiciones de ejecución diferentes a las previstas que implican mayores obras, en razón a que el tratamiento de un hecho tal se inmersa en la imprevisión. Por tanto, en la mayor permanencia no se generan nuevas obras.*

*Sin duda el factor tiempo es uno de los determinantes en el precio del contrato. El oferente estructura sus costos según el período dispuesto para la ejecución. Si éste cambia, así la obra sea la misma, por lo general se causan unos costos mayores a los previstos que en tanto obedezcan a incumplimientos de obligaciones y cargas de la entidad, deben ser reconocidos en aras de mantener incólume la ecuación contractual. El reconocimiento de ellos, por supuesto, debe estar precedido de la comprobación de los mismos y en un plano teórico, no siempre se generan todos, podría deducirse que se causan por diferentes conceptos, tales como la llamada disponibilidad de equipo, los costos*

*administrativos y de personal. La disponibilidad de equipos tiene que ver con la maquinaria dispuesta en la obra o lista para ser utilizada que el contratista ha ofrecido y la cual queda paralizada por la imposibilidad de ejecutar el contrato o su uso es mayor al dispuesto. Recuérdese que muchos equipos suelen ser alquilados por el contratista o los propios suelen comprometerse en arrendamientos a otras personas después de su empleo en la obra, todo lo cual se frustrará si se generan desplazamientos en el tiempo.*

*Los costos administrativos tienen que ver con los valores que representan los campamentos, gastos de oficina, personal directivo, servicios públicos, papelería, entre otros. En la oferta se identifican normalmente con la letra A del llamado AIU, que representa un porcentaje de los costos directos. Para su reconocimiento debe partirse del porcentaje que se ha dispuesto para el contrato, muchas veces disminuido en una serie de gastos que se presentan al inicio del contrato y por una sola vez, como son los atinentes al pago de las garantías, publicaciones e impuestos. Finalmente, la mayor permanencia en obra puede generar mayores costos por el empleo mayor al estimado de personal para la ejecución de la obra".*  
(DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Editorial LEGIS. Junio de 2001. Páginas 523 y 524.).

#### **CONTRATO DE OBRA / Visita a la obra.**

*CONSORCIO CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ Y OTROS Vs. FERROVIAS. 7 de marzo de 2002.*

No obstante lo dicho es suficiente para rechazar los planteamientos esgrimidos por el convocado, desea el Tribunal efectuar un breve comentario en torno a la importancia que tiene el tema de la visita a la obra y al alcance de un requisito tal, el que a decir del demandado es un “elemento de la esencia del contrato”. Sea en primer término advertir que a la luz de la teoría general de los contratos, invocando especialmente los artículos 100 y 1501 del Código Civil y 41 de la ley 80 de 1993, el requisito que se comenta no es un elemento esencial del contrato. Diría incluso el Tribunal que ni siquiera es de su naturaleza. El contrato estatal, y particularmente el de obra, existe y nace a la vida jurídica independientemente de la visita o no al sitio de la obra. Este es ante todo un requisito que deben llenar los oferentes para darse una información acerca de la circunstancias de modo y lugar que caracteriza la zona en donde han de acometerse las obras. Aplicando el marco conceptual que informa a los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones o términos de referencia, según las voces del artículo 25, numeral 15, de la ley 80 de 1993, no considera el Tribunal que sea uno de aquellos que impide la comparación de ofertas. Por lo mismo no cree que tenga, a pesar de lo manifestado en el pliego, la calidad de generar el rechazo de la oferta recibida.

Es un elemento importante de que disponen los oferentes para preparar la propuesta y conocer aspectos sobre la ejecución ulterior del contrato. El incumplimiento de este requisito produce, entonces, consecuencias, no en la oferta, pero si en el contrato en cuanto no puede el día de mañana reclamar el contratista algo que hubiera aparecido si hubiera asistido a la visita. Pero esta afirmación debe tomarse con prudencia y teniendo en cuenta el espectro que

puede visualizarse en una visita. Es decir que ha de tratarse de hechos notorios que no están amparados por regulaciones o estipulaciones, que como en el caso de las ocupaciones e invasiones son del resorte de una de las partes sino de circunstancias y elementos fácticos ajenos a la regulación contractual. Por lo mismo, no puede ser genérica y absoluta ni puede dársele importancia extrema sino tan solo relativas en cuanto no propicia una información completa dados el número reducido de tiempo y lo limitado en la extensión de espacio que abarca.

## **12. NEGOCIOS FIDUCIARIOS**

### **ENCARGO FIDUCIARIO / Concepto .**

*INURBE Vs. FIDUAGRARIA. 8 de junio de 1999.*

Encargo Fiduciario: se trata de un negocio jurídico para cuya celebración y ejecución estén específicamente autorizadas las sociedades fiduciarias, cuando quiera que tenga por objeto “la realización de inversiones o la administración de bienes” según el artículo 29 del E.O.S.F. Igualmente el mismo estatuto dispone que las normas aplicables a los Encargos Fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el Contrato de Fiducia Mercantil y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el Contrato de Mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente estatuto.

Así mismo, la ley 80 de 1993 en el numeral 5 del artículo 32 menciona los Encargos Fiduciarios y la Fiducia Pública como negocios jurídicos aparentemente distintos.

En cuanto a la Fiducia Pública ha sido la jurisprudencia la encargada de precisar su alcance y contenido, tal como ocurrió en la Sentencia de la Corte Constitucional. Sin entrar a definirlos señalo que dichos contratos de Fiducia Pública sólo podrán ser celebrados previa autorización de la ley, la ordenanza o del acuerdo, según el caso. De igual forma determino que los Encargos Fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia, tendrán únicamente por objeto la administración y manejo de recursos vinculados a contratos que tales entidades celebren. Así mismo, como se advirtió, esa normatividad prohibió pactar la remuneración con cargo a rendimientos del fideicomiso, así como la posibilidad de delegar en las sociedades (la adjudicación de) los contratos que las entidades estatales celebren.

Así mismo el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la naturaleza de la Fiducia Pública:

“ la Fiducia Pública, la cual constituye una nueva figura jurídica, creada por la ley 80 de 1993, y que si bien porta el nombre de fiducia se diferencia en varios elementos esenciales de la tradicional fiducia mercantil. En efecto, por regla general la llamada Fiducia Pública no implica transferencia del dominio sobre los

bienes o recursos estatales ni constituye tampoco patrimonio autónomo, distinto de la entidad estatal”.

### **FIDUCIA PÚBLICA / Obligaciones del Fiduciario.**

*BENEFICIENCIA DE CUNDINAMARCA Vs. BANCO CENTRAL HIPOTECARIO Y FIDUCIARIA CENTRAL S.A. 9 de agosto de 2000.*

Se establece como obligación del fiduciario “cumplir las instrucciones y directrices que respecto del proyecto imparta su Junta Coordinadora en los términos de esta escritura”, (pero el convenio interinstitucional en ningún momento pretendió reemplazar la Junta General de la Beneficencia de Cundinamarca; esta junta esta conformada por el Presidente de la República, el alcalde mayor, el Gobernador de Cundinamarca, el síndico de la beneficencia y un miembro de la junta general de la beneficencia ).

1. El profesional ha de desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y a título oneroso.
2. debe contar con una organización, gracias a la cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos de daños que su actividad pueda causar a terceros.
3. tiene una posición de preeminencia, esto es, un “dominio profesional” basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los

demás. Se trata de una persona con una idoneidad particular, de un técnico iniciado frente a la masa de consumidores y usuarios profanos en su materia.

Igualmente debe cumplir con el principio de la “buena fe objetiva” pues con ella se cumple la función integradora o complementadora de las manifestaciones de voluntad, no sólo por figurar entre los preceptos legales del ordenamiento, sino por autorizar al Tribunal para determinar los efectos jurídicos del contrato en discusión, ampliando, precisando o restringiendo el tenor del acto jurídico según las circunstancias. De igual manera sirve para determinar judicialmente obligaciones conexas con la principal, pero que no han sido pactadas expresamente. ( Jorge López Santamaria. Los contratos. Chile. 1986. pág. 291 y ss. Enrique Barros. derecho y moral....pág. 294). En el mismo sentido José Luis de los Mozos, en su libro “El principio de Buena Fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español. 1965, menciona: “el principio de buena fe sirve para suplir, integrar y corregir el contenido del negocio, en función interpretativa; o lo que es lo mismo, desde otro punto de vista la buena fe interviene en la configuración de la norma del negocio jurídico, situándose en el mismo lugar que los usos del tráfico, o de la norma dispositiva, constituyendo por ello, en sí misma una norma dispositiva; fundamentada, por otra parte, en un objetivo criterio de conducta...”

- En nuestro caso no se exige una extraordinaria pericia, prudencia y diligencia; ni un especialísimo nivel de acuciosidad; ni una absoluta y ejemplar dedicación, pues deudores que sean dechado de virtudes y paradigma de la sociedad se

encuentran con gran dificultad y son más escasos aún en el agitado mundo de los negocios mercantiles. Por eso, nuestro régimen jurídico busca al hombre medio, al que actúa con un cuidado ordinario o usual, sin imponer prototipos abstractos de difícil imitación. Es por eso que en nuestro ordenamiento la regla general es que los contratos bilaterales el deudor responde hasta la culpa leve, lo que significa que no se exige un cuidado o previsibilidad extraordinarios, o en grado sumo, sino una conducta corrientemente o normalmente prudente. Hoy la ley 222 de 1995 acoge la conducta de un “buen hombre de negocios”

### **FIDUCIA PÚBLICA / Obligaciones / Conducta del Profesional.**

*INURBE Vs. FIDUAGRARIA. 8 de junio de 1999.*

#### 1. Obligaciones Generales o Erga Omnes:

a. El *deber de información*, es un elemento de la naturaleza de los contratos de los profesionales, de manera que se entiende pertenecerle a ellos, así no se pacte expresamente –según lo previene el artículo 1501 del C.C.- por cuanto se trata de una prestación fundamental y la más importante de las obligaciones de lealtad a cargo del profesional, lo que ha llevado a la jurisprudencia a entenderla tácitamente incorporada y, por ende implícitamente asumida por los profesionales.

En cambio, la *obligación del consejo o asesoría* no se presume de suerte que de no establecerla la ley, las partes deben estipularla, como lo hicieron en los tres

contratos que nos ocupan, los cuales se estableció que la fiduciaria debía “recomendar....de acuerdo a su conocimiento específico sobre manejo de inversiones, aquellas que garanticen mayor rentabilidad con el menor riesgo”.

c. El *deber de seguridad*, esta obligación tuvo origen jurisprudencial y luego fue plasmada expresamente por el legislador. En efecto, en un principio los jueces aplicaron esta regla para proteger a toda persona que pudiera sufrir daños corporales con ocasión del ejercicio de actividades profesionales.

## 2. Obligaciones Especiales

la doctrina señala que mediante los contratos celebrados por los profesionales estos asumen ciertas prestaciones especiales que vienen a reforzar o a sumarse a las obligaciones generales o erga omnes antes señaladas. Dentro de estas obligaciones cabe destacar aquellas que, a pesar de no haber sido contempladas por los contratantes, se entienden tácitamente incorporadas y, por ende implícitamente asumidas por el profesional, a través de interpretaciones jurisprudenciales enderezadas a proteger a la parte neófito, al consumidor o a la clientela profana. Para la determinación de estas obligaciones se acude a la noción de la buena fe objetiva, la cual sirve como instrumento de integración de los contratos, función esta de la buena fe consagrada expresamente en nuestro derecho. Así las cosas, en cada caso el juez debe analizar el contrato para establecer a que se obligó expresamente el profesional y a qué lo obliga también

de buena fe, de acuerdo con la naturaleza de los servicios estipulados, pero, igualmente, para fijarle límites a las obligaciones, y, a la responsabilidad que el profesional ha podido pactar lícitamente.

**FIDUCIA PÚBLICA / Obligaciones / Conducta del Profesional / Alcance y Contenido.**

*BENEFICIENCIA DE CUNDINAMARCA Vs. BANCO CENTRAL HIPOTECARIO Y FIDUCIARIA CENTRAL S.A. 9 de agosto de 2000.*

1. Depende de las estipulaciones del contrato de fiducia mercantil.
2. La obligación de información ( la doctrina considera que el profesional debe tomar la iniciativa de suministrar la información y para ello debe pedir a su cliente las precisiones del caso, e indagar acerca de sus necesidades.), dentro de esta la jurisprudencia ha precisado que el profesional tiene el deber de indicar a su cliente los aspectos negativos o contraproducentes de los bienes o servicios, o de las prestaciones que se le encomiendan, así como de las limitaciones técnicas de tales bienes o servicios o de los riesgos que conllevan, de manera que el cliente debe ser advertido de los peligros que ocurre y de la forma de evitarlos. Para efectos de la prueba del cumplimiento de esta obligación los comentaristas indican que un profesional diligente y avisado dejará constancia escrita de las actuaciones realizadas con el fin de informar a su cliente, así como de las sugerencias y advertencias que le haya hecho, si bien la ley no exige prueba documentaria.

3. Obligación de consejo, la cual se encuentra implícita en los contratos que conllevan la entrega de aparatos sofisticados, o en algunos contratos bancarios (o con intermediarios financieros) en especial respecto de ordenes de operaciones de inversión en los mercados a término.
4. Remite al laudo entre INURBE y FIDUAGRARIA, del 8 de junio de 1999.
5. Estas obligaciones son cumplidas cuando el cliente tiene los datos, opiniones y evaluaciones pertinentes, bien porque el profesional mismo se los haya suministrado, o porque el cliente disponga de ellos por otros medios, como puede ser su propia formación o experiencia.

En estos casos, la doctrina coincide en afirmar que es oficioso informar y aconsejar al cliente que también es un profesional, o que dispone ya de los datos y opiniones, pues tales tareas devienen redundantes e inútiles en consideración de los conocimientos, la experiencia o de las demás ayudas con que cuenta el cliente.

En estos eventos, entonces, el profesional cumplirá las prestaciones de información y consejo con el suministro de los más recientes o novedosos, o con la formulación de opiniones sobre ciertos aspectos muy particulares, en el entendido que, por lo demás, el cliente cuenta ya con todos los elementos de juicio.

### **FIDUCIA PÚBLICA / Encargo Fiduciario / Características.**

*INURBE Vs. FIDUCOR S.A. Junio 2 de 1999.*

1. prohibición legal de transferir la propiedad de los recursos y de constituir un patrimonio autónomo con ellos (fiducia pública es igual a encargo fiduciario del c.c.io en sus elementos esenciales)
2. Es utilizable para el desarrollo de toda aquella gama de actividades estatales que sean diferentes a la administración o manejo de recursos vinculados a contratos.

Para el Tribunal no existe justificación alguna para crear dos figuras independientes o distintas que tenderían como objeto desarrollar actividades que son esencialmente iguales.

Hay doctrinantes que apoyan esta conclusión, expresando que: “la ley 80 de 1993, creó el negocio fiduciario estatal bajo la denominación “encargo fiduciario y fiducia pública”, y lo delimitó únicamente para que las entidades estatales entregaran los bienes para su administración a una sociedad fiduciaria, sin la transferencia de dominio de dichos bienes objeto de fiducia, y sin la constitución de un patrimonio autónomo. En el fondo no creó dos figuras, sino únicamente una sola y con dichas características” (PARRA GUTIERREZ, William René. Los Contratos Estatales. Santa Fe de Bogotá, Gustavo Ibañez, 1996, Págs. 210 y 211).

3. Las partes nada pueden pactar en materia de adjudicación de contratos que se hayan de celebrar en desarrollo del encargo, con lo cual se limita sustancialmente el ámbito de acción del contratista.

En este sentido señala el Consejo de Estado que: “a la fiducia pública se le aplican las normas de fiducia mercantil contempladas en el mencionado

código, con las siguientes cuatro salvedades: a) en la fiducia pública no hay transferencia de la propiedad de los bienes o recursos fideicometidos; b) no se constituye un patrimonio autónomo afecto a la finalidad de la fiducia, en manos de la sociedad fiduciaria; c) la adjudicación de los contratos derivados de ella corresponde a la entidad estatal fideicomitente y, d) la comisión de la sociedad fiduciaria no se puede cancelar con los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos estén presupuestados.” Concepto de marzo 11 de 1998.

4. Existe la obligación de dirección y control en cabeza de la entidad estatal, que puede ir más allá que la facultad de supervisión y de dar instrucciones que tiene el fideicomitente en el contrato de encargo fiduciario regido por el EOSF, y que ostenta superior entidad jurídica.

Inciso 3 del numeral 5 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y reiterada en el decreto 679 de 1994, en el sentido de que “en ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública.”

5. Cuando quiera que en desarrollo de una fiducia pública o un encargo fiduciario estatal sea necesario adjudicar contratos, ya se que estén relacionados con el manejo de recursos, o con la administración de bienes, o con el desarrollo de proyectos, será siempre responsabilidad de la entidad estatal realizar la selección definitiva del adjudicatario.

En síntesis el Tribunal concluye que los conceptos de contrato estatal de fiducia pública y de encargo fiduciario son en la práctica conceptos sinónimos que identifican un mismo contrato, y que uno y otro son diferentes de las figuras comerciales o financieras de fiducia mercantil y encargo fiduciario. Adicionalmente, el Tribunal es de la opinión que el contrato estatal de fiducia pública o encargo fiduciario tiene limitaciones o condiciones importantes en cuanto a su alcance, que lo diferencian del encargo fiduciario comercial y financiero, y que reducen su ámbito de aplicación.

#### **FIDUCIA PUBLICA / Encargo Fiduciario / Semejanzas / Naturaleza .**

*INURBE Vs. FIDUCOLOMBIA S.A. 1 de marzo de 2000.*

Autores reconocidos en la materia afirman que la no transferencia de bienes y la no constitución de patrimonio autónomo en un contrato de fiducia, es tanto “como definir un contrato de compraventa sin objeto y sin precio”, por lo que la fiducia pública, así se denomine fiducia, “no es fiducia”.

Al desnaturalizarse el contrato de fiducia, la figura consagrada por la ley 80 de 1993 como “fiducia pública” deviene en un encargo fiduciario, ya que las características de este negocio fiduciario son la entrega de bienes o recursos sin transferencia de propiedad sobre los mismos, así como la no constitución de patrimonio autónomo. En este sentido, Ernesto Rengifo García, señala: “se debe dejar en claro la diferencia entre la fiducia mercantil y el encargo fiduciario por

cuanto en éste no existe un efectivo acto de transferencia de bienes sino una mera entrega y no constituye un patrimonio autónomo. Para el código Civil la mera tenencia, pues, se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno. Y es que en efecto, en el encargo, el encargante no transfiere el derecho de dominio sobre los bienes objeto del encargo, a diferencia de la fiducia en donde hay una efectiva transferencia a favor del fiduciario para la constitución de un patrimonio autónomo.”

De hecho la Corte Constitucional en sentencia C-86 proferida el 1 de marzo de 1995, señaló de manera expresa: “(...) se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del código de comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.”

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina nacional, al manifestar que bajo las características actuales de la fiducia pública y su identidad material con la figura del encargo fiduciario, “no vale la pena haber establecido y creado un contrato nuevo denominado encargo fiduciario”. Al respecto Omar Franco Gutiérrez, en su libro señala lo siguiente: “En la fiducia pública no se permite que se le transfieran bienes o dineros públicos. Pero todavía se exagera más, ni siquiera se les permite que ellas escojan el contratista que va a realizar la obra, pues esta es función indelegable de la entidad fideicomitente.

Entonces, ¿cuál es la función de la fiducia?

Pues sencillamente, recibir unos dineros, ponerlos a producir unos rendimientos mientras llega el momento de proceder a cancelar los dineros al contratista.

No tiene realmente más función. Así como están reglamentadas las cosas, hace simplemente el papel de pagadora y hace producir rendimientos al capital, mientras cancela lo debido al contratista.

Si esta es la única función que tiene la entidad fiduciaria, no vale la pena haber establecido y creado un contrato nuevo denominado de fiducia pública. Basta con los pagadores que tiene cada entidad para desempeñar esa función, y se les autorizaría para tener los dineros en una corporación de crédito mientras les toca pagar, y no habría necesidad de tal como contrato de fiducia pública.

Tal como están las cosas, la fiducia sólo sirve para que unas entidades reciban dineros estatales que ponen a producir, que les sirve para trabajar con ellos durante un tiempo, que si producen algo es para la entidad crediticia y que no producen ningún provecho real para la entidad estatal dueña de tales dineros.”

No sobra destacar que aún cuando del contenido del numeral 5 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 se puede extractar una diferencia entre fiducia pública y encargo fiduciario estatal (el objeto del encargo fiduciario se encuentra limitado a la administración o el manejo de los recursos “vinculados a los contratos que tales entidades celebren”, en tanto que para la fiducia pública no se establece esta restricción en cuanto a su objeto), ello no conlleva, en concepto del Tribunal, la aplicación de un régimen obligacional distinto para uno y otro contrato.

En este sentido el Tribunal comparte lo expresado en el Laudo arbitral que dirimió las controversias que se presentaron entre el INURBE y FIDUCOR S.A. en donde

se señaló: “Así, no ve el Tribunal diferencia alguna, en términos de la filosofía y propósitos del derecho administrativo o del régimen de contratación estatal, entre el hecho de manejar recursos públicos vinculados a proyectos o a otras actividades. Por el contrario, en la medida en que los contratos estatales de fiducia pública y encargo fiduciario están sometidos a las mismas normas, sin que exista diferencia entre ellos distinta de la anotada, no tiene sentido práctico alguno entender que se trata de figuras diferentes o con propósitos también diferentes. Por tal razón el Tribunal, aunque reconoce la existencia formal de la diferencia mencionada, las tratará para efectos de la decisión como si fueran contratos iguales.” (numeral 5 artículo 32 ley 80 de 1993).

- **OBLIGACIONES DE RESULTADO:** la doctrina ha considerado exagerada la prohibición general, y con buen sentido ha apuntado que la prohibición al fiduciario de contraer obligaciones de resultado sólo era procedente respecto de los fideicomisos de inversión, pero no para los demás negocios fiduciarios, en los cuales sí se podría estipular a cargo de la fiduciaria obligaciones de resultado, no meramente accesorias o instrumentales, sino obligaciones principales y fundamentales. Ello no significa una liberación total de responsabilidad de las fiduciarias puesto que si bien, la obligación de las fiduciarias, de conformidad con el régimen jurídico aplicable, no era resultado, no por ello puede entenderse que carecían de todo contenido obligacional, por cuanto que como se verá enseguida, de una parte, son de medio las obligaciones en las cuales “el deudor sólo promete diligencia y aptitudes suficientes para que normalmente y no en forma necesaria, se produzca el resultado apetecido por el acreedor” y de otra parte, es preciso

analizar el procedimiento contractualmente pactado entre las partes para realizar las inversiones, a fin de poder llegar a conclusiones definitivas.

Ahora bien, según se trate de obligaciones de medios o de resultado, la situación probatoria del deudor será distinta. De una parte, si la obligación es de resultado, tiene la posibilidad de demostrar que el incumplimiento si bien pudo haber existido, se produjo por causa de un hecho sobreviniente, imprevisible o irresistible, que le impidió cumplir en forma su obligación, es decir, que sobrevino un hecho de fuerza mayor o caso fortuito. También podrá demostrar que no pudo cumplir por causa de la conducta determinante del acreedor o incluso, de un tercero.

Si la obligación es de medios, también puede el demandado probar que el incumplimiento que se le endilga no existió por cuanto que su obrar fue diligente, cuidadoso y acucioso. Consistente en probar ausencia de culpa, demostrando que obró con toda la prudencia y la diligencia que el caso, dentro de circunstancias de modo, tiempo y lugar, lo exigían y lo permitían.

La doctrina francesa precisa bastante bien la diferencia anotada( Droit des Obligations – les mecanismes juridiques des relations économiques. Malinvaud , Philippe. París 1992, p. 277 y 278): “si el contratante no prometió un resultado sino solamente se obligó a poner los medios tendientes a obtenerlo, entonces la regla es la misma que en materia extracontractual: corresponde a la víctima probar que la inejecución se debió a una culpa del deudor. Si por el contrario, es el resultado mismo lo que se prometió, el hecho de que no haya sido obtenido basta para

configurar la culpa del deudor, puesto que desde ese mismo instante quedará demostrado que faltó a su palabra.”

### **FIDUCIA PÚBLICA / Encargo Fiduciario / Semejanzas / Celebración.**

*COOPERADORES I.P.S. S.A. Vs. FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. 10 de abril de 2000.*

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública solo pueden celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el Estatuto de Contratación (Ley 80 de 1993); y en ningún caso las entidades públicas fideicomitentes pueden delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que se encuentren presupuestados.

### **CONTRATO DE FIDUCIA PÚBLICA / Encargo fiduciario / Fiducia mercantil.**

*INURBE Vs. FIDUCOR S.A. 2 de Junio de 1999.*

Para la Corte Constitucional en sentencia C-86 de 1 marzo de 1995: “ el Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado “Fiducia Pública”, el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un Encargo Fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la

propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil “en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.”

Para el Tribunal es claro “que fiducia pública y fiducia mercantil son dos figuras diferentes, y que la fiducia pública no se puede entender como una fiducia, en el sentido tradicional que el derecho comercial ha dado a dicha expresión, pues no solamente ella se asemeja más al encargo fiduciario, sino que, como consecuencia de lo dispuesto en la ley, *prima facie* parecería tener prácticamente los mismos elementos esenciales que tiene este último; por otra, si bien es cierto que hay una enorme similitud entre fiducia pública y encargo fiduciario, de lo dicho por la Corte y la doctrina mencionada no se ve con igual claridad cuál es el alcance real de dicha similitud, ni si ella se puede predicar tanto frente al encargo fiduciario regulado en la ley 80, como regido por las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.”

### **13. CONTRATO DE CONCESIÓN**

#### **CONTRATO DE CONCESIÓN / Concepto.**

*WORLD PARKING S.A. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU. 25 de agosto de 2000.*

Artículo 32, numeral 4 de la ley 80 de 1993 son aquellos que celebren las entidades estatales(art. 2 numeral 1) , con el objeto de otorgar al concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, la construcción, explotación, conservación, total o parcial, de una obra o bien destinada al servicio o uso público, o la realización o la realización de actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de una obra, bien o servicio, por cuenta y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y el control de la entidad concedente y a cambio de una remuneración que puede revestir diversas modalidades, entre ellas, la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien.

Nuestra jurisprudencia constitucional entiende que no todos los riesgos en esta clase de contratos son de cargo del concesionario. En efecto, refiriéndose al contrato de concesión, ha dicho la Corte Constitucional que el empresario “debe asumir, así sea parcialmente los riesgos el éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo.”

Lo que también resulta cierto es que tan genérica atribución de responsabilidad obliga al concesionario a prestar particular atención a todas las eventualidades que no hayan sido materia de reparto entre el contratante estatal y el particular contratista y le impone deberes especiales de previsión que usualmente corresponden a la entidad estatal.

En concordancia con lo expuesto, es claro que el concesionario debe asumir alguna parte los riesgos implícitos en la concesión de obras públicas y no

necesariamente la totalidad de ellos y que, en todo caso, dentro de los que debe asumir se hallan comprendidos los riesgos propios de la construcción de la obra.

Por lo tanto, estima el Tribunal que, de conformidad con el derecho colombiano, el contratista y la entidad estatal, pueden, en cuanto la ley no disponga lo contrario, incluir las modalidades, condiciones y cláusulas que estimen necesarias y convenientes según lo dispone el artículo 40 de la ley 80 de 1993 y repartirse por ende, los riesgos propios de la ejecución del contrato que garanticen su equilibrio económico.

Los principales riesgos durante la etapa de construcción en un contrato de concesión de obra pública son, en concepto del Tribunal, el de financiación del proyecto, principalmente de la obra que haya de construirse; el de la terminación oportuna de la construcción; el llamado riesgo regulatorio que incluye la obtención de los permisos y licencias a que haya lugar; el de los sobrecostos inherentes a la construcción, comprendidos dentro de este concepto los riesgos de inflación y devaluación; el riesgo de falta de los inmuebles sobre los cuales haya de emprenderse la obra; el de la falta de insumos para la construcción; el de la responsabilidad del concesionario frente a terceros y finalmente, la fuerza mayor y el caso fortuito.

#### **CONTRATO DE CONCESIÓN / Concepto.**

*PROMOTORA DE CONSTRUCCIONES E INVERSIONES SANTANA S.A.  
PROSANTANA S.A. Vs. DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ Vs.*

*COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. COFIANZA S. A. 18 de diciembre de 2000.*

Cuando el Estado, en el caso del servicio público esencial de las basuras, decide prestar el servicio público de una manera indirecta, esto es, con la colaboración de los particulares, puede celebrar un contrato de concesión. Dicho contrato se encuentra expresamente regulado con el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que expresa: “Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio **por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente**, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

**CONTRATO DE CONCESIÓN / Concepto / Características / Naturaleza / Etapas.**

*WORLD PARKING S.A. Vs INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU. 25 de agosto de 2000*

Contrato de Concesión de obra pública, entendido “como el acto por el cual la administración comete a una persona la construcción de una obra pública y la faculta temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen, como medio de financiar el costo de aquélla”.

Características:

1. Su construcción por cuenta y riesgo del concesionario.
2. El pago de la misma por sus usuarios a través de tarifas, tasas, peajes u otras modalidades similares, que vienen a constituir el precio del contrato y son “el elemento esencial de la economía financiera de la explotación”.

Esta concepción resulta muy próxima a la interpretación y alcance que la jurisprudencia de otros países, como la Francesa, le otorgan en la actualidad a la concesión de obras públicas. En efecto, según el Consejo de Estado Francés, una concesión de obra pública finalmente se constituye a la vez en un servicio pública en la medida en que, al culminar la obra, el concesionario adquiere el derecho de explotar el servicio público para lo cual ella fue construida.

El contrato de concesión generalmente se divide en dos partes: el convenio propiamente dicho y el pliego de condiciones que lo antecede. Así, el contrato no es solamente el texto y los anexos que suscriban las partes, pues estos contienen apenas los principios esenciales del negocio; pero los detalles, las condiciones

técnicas y financieras de la concesión, y lo referente a la reglamentación del servicio, se hallan en el pliego de condiciones que emita la entidad estatal.

### **CONTRATO DE CONCESIÓN / Riesgos.**

*PROMOTORA DE CONSTRUCCIONES E INVERSIONES SANTANA S.A. PROSANTANA S.A. Vs. DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ Vs. COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. COFIANZA S. A. 18 de diciembre de 2000.*

En razón de la autonomía de la voluntad las partes pueden negociar la asunción de los riesgos en cualquier clase de contrato y mucho más si se trata del contrato de concesión. Los riesgos pueden asignarse a quien, en principio, no estaba en el deber de soportarlos. Como se ha señalado, de acuerdo con la definición del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el concesionario asume la operación del servicio público por “su cuenta y riesgo”, lo cual implica precisar el significado de este concepto, máxime si se predica respecto de la correlativa obligación del Estado de “vigilancia y control”. Para no llegar a una conclusión que suponga la intromisión en los contratos estatales de cláusulas abusivas o vejatorias, que de paso contravengan el mandato del número 5 del artículo 24 de la Ley 80 que claramente establece que, “serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia de los contratos que ... dispongan renuncias a declaraciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”, habrá de mirarse el alcance de la autonomía de la voluntad frente a la asunción de

riesgos, lo cual es de suma trascendencia en el momento de atribuir responsabilidades.

**CONTRATO DE CONCESIÓN / Riesgos para las partes.**

*CONCESION SANTA MARTA – PARAGUACHON S.A. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INVIAS. 24 de agosto de 2001.*

Es claro para el Tribunal que la distribución de los riesgos entre las partes del contrato estatal, como en cualquier contrato conmutativo, debe atender, primordialmente, a los principios legales que informan la contratación pública y, de manera igualmente importante, a criterios de razonabilidad, proporcionabilidad y equivalencia, conforme a la capacidad jurídica y material de las partes para su manejo. Los riesgos debe asumirlos quien mejor preparado esté para resistir su materialización en hechos concretos con capacidad perturbatoria de la normal ejecución del contrato, de manera tal que pueda reaccionar adecuadamente y prevenir o remediar sus efectos nocivos sobre la ecuación económica contractual. Ahora bien, en el ámbito de la contratación pública, quien concibe, diseña y especifica el negocio jurídico a celebrarse es la entidad contratante; así lo hace en los pliegos de condiciones o términos de referencia o invitación a contratar, y allí debe contenerse la distribución especial de los riesgos previsibles, según la naturaleza del contrato, el alcance y contenido de las obligaciones a cargo de cada una de las partes, las condiciones – fácticas, económicas, sociales, políticas y jurídicas – vigentes al momento en que formula la invitación, las condiciones materiales en que habrá de desarrollarse el contrato, la experiencia requerida del

contratista para la ejecución de las labores que constituyen su objeto, y en fin las circunstancias que razonablemente pueden prever las partes, según su conocimiento y experiencia, incidentes en la ejecución del contrato, tanto en términos de ventajas y beneficios como en la eventual generación de efectos nocivos para ellas.

Resulta determinantes en la asignación de riesgos en el contrato de concesión, las condiciones sociales, políticas y económicas del país al momento de confeccionarse de una parte la invitación a celebrar el contrato y de otra el ofrecimiento para su ejecución.

- a) Que es claro que en el contrato de concesión, la expresión “*por cuenta y riesgo del concesionario*” determina la asunción de riesgos por éste, que común y naturalmente no se asumen por el contratista del Estado.
- b) Que los riesgos asumidos por el concesionario, atendiendo la naturaleza del contrato y su definición legal, hacen relación, de una parte y principalmente, a la consecución de los recursos financieros requeridos para la ejecución del objeto pactado, esto es, a la financiación del proyecto y a las condiciones – ventajosas o no- en que la misma se gestione y obtenga por el concesionario, y de otra, cuando el diseño es de su cargo y, por lo mismo, la determinación de las cantidades de obra requeridas para la construcción de la obra cometida, son de riesgos del concesionario las variaciones técnicas y de obra que se verifiquen en el curso de la ejecución y que eventualmente pudieran causar un mayor costo de construcción.

- c) Que en este contexto, es de especial relevancia, los límites que en materia de la distribución y correlativa asunción de los riesgos en el contrato estatal, establecen las normas superiores al principio de la autonomía de la voluntad negocial de las partes y que básicamente se concreta en la imposibilidad de trasladar aquellos insitos o derivados del incumplimiento del Estado contratante, del ejercicio por éste de las facultades excepcionales o exorbitantes, del Hecho del Príncipe y de la Teoría de la Imprevisión.
- d) Que en tratándose de “Imprevisión” es claro para el Tribunal que durante la ejecución de un contrato de concesión, podrían suceder hechos o circunstancias que, a pesar de los esfuerzos del concesionario y sus previsiones, no fueron previstas o no pudieron resolverse por los medios acordados.

#### **CONTRATO DE CONCESIÓN / Riesgos para las partes.**

*CONCESION SANTA MARTA – PARAGUACHON S.A. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INVIAS. 24 de agosto de 2001.*

- a) El derecho Colombiano, siguiendo el derecho francés, ha concebido y desarrollado a nivel normativo el problema de la asunción de riesgos por el contratista en la Concesión de Obra Pública, como el elemento esencial del contrato, únicamente atemperado por el principio el equilibrio contractual, que igualmente opera en éste, en tanto contrato estatal cuyo objeto consiste en la construcción de una obra pública, que participa de la noción de dominio público, su explotación y su destinación exclusiva a las prestación de un

servicio público, características que hacen convergentes en un mismo objeto los dos propósitos perseguidos por el Estado con la celebración del contrato; la concesión de obra pública y la de servicio público.

- b) La explotación de la obra pública, cuando ella constituye la remuneración del contratista concesionario se traduce en la prestación de un servicio público a cargo del Estado.

#### **14. SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO**

##### **SILENCIO ADMINISTRATIVO / Concepto / Naturaleza / Características.**

*SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT Vs. EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, TELECOM. 10 de agosto de 2000.*

En efecto, el silencio administrativo, surge como salvaguarda de los derechos de los particulares frente a la abstención injustificada de la administración pública, obligada a producir un acto o manifestación expresa de voluntad dentro de un plazo fijado por la ley.

La aplicación del silencio administrativo negativo implica que ante la abstención de la administración se entenderán negados la petición del particular o el recurso interpuesto contra el acto de la administración, de suerte que el interesado pueda recurrir el acto ficto ante la justicia contencioso administrativa.

El silencio positivo opera de manera excepcional y su consagración legal es taxativa. Comporta la presunción legal de resolución favorable de lo pedido,

transcurrido un término sin que la administración resuelva. Su finalidad es agilizar la actividad administrativa bajo criterios de celeridad y eficiencia. Constituye no sólo una garantía para los particulares, sino una verdadera sanción para la administración morosa.

Ahora bien, considerando que la jurisprudencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo indica que – los tribunales carecen de competencia para decidir sobre la legalidad de actos administrativos resulta relevante analizar si del silencio administrativo positivo deviene la existencia de un acto administrativo o ella comporta solamente una actuación con la cual el interesado, toma medidas para una eventual demanda declarativa sobre su ocurrencia y los efectos del mismo.

Al respecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina han sido enfáticas en señalar que el silencio administrativo positivo no puede entenderse como un pronunciamiento de la administración, sino como una sanción por su falta de eficiencia en resolver los asuntos puestos a su consideración por los administrados. En relación con este punto han señalado respecto del acto administrativo que: “como acto jurídico que es, presupone la existencia de una declaración de voluntad que conlleve la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, a más de la concurrencia de los caracteres o elementos que le son inherentes y que lo tipifican como una categoría o especie de acto jurídico con identidad propia, como son la naturaleza de la función que se ejerce al expedirlo, la unilateralidad, la ejecutoriedad y la posibilidad de su ejecución forzosa, oficiosa o administrativa. Es decir, para que una manifestación o expresión de voluntad, así provenga esta de la administración pública, revista la categoría jurídica de acto

administrativo requiere ser constitutiva de una verdadera declaración de voluntad, en ejercicio de función administrativa, con efectos en el ámbito del derecho y de obligatorio cumplimiento. Como es bien sabido, la decisión previa o unilateralidad de la declaración de voluntad y la ejecutoriedad o fuerza obligatoria de la misma, a más de la facultad para lograr el cumplimiento forzado, son elementos de la esencia de la categoría que se analiza y, por tanto, en ausencia de unos de ellos, no puede predicarse la existencia del acto administrativo.” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 23 de septiembre de 1994.

En consecuencia no puede considerarse que el silencio administrativo constituya un acto susceptible de control a este respecto sostiene además: “El silencio administrativo, negativo o positivo, no constituye acto alguno. Mediante él, constatada la situación omisiva, se produce ex lege el otorgamiento al interesado de una facultad de actuación que puede consistir en la posibilidad de acceder a las vías de recurso, especialmente el jurisdiccional, aunque no exista un acto administrativo previo; o, por el contrario, el disfrute directo de un derecho sometido a intervención policial cuyas facultades interventoras decaen. En el acrecimiento de la esfera de actuación que se produce a través del silencio administrativo no hay intervención alguna de la administración. No hay acto administrativo de ningún tipo.

En consecuencia, las exigencias, de adecuación a derecho de cualquier actuación con base en la ley, insoslayables en nuestra cultura jurídica, que, por otra parte, sólo pueden plantearse respecto del silencio positivo, se manifiestan como un

presupuesto o requisito a reunir por el objeto de la petición que, ante la inactividad de la administración, la ley desea satisfacer, pues es obvio que la ley no desea satisfacer una pretensión ilegal.

Este modus operandi, propio de la técnica a que estoy aludiendo, puede producir insatisfacción: conlleva el que la administración no está vinculada en modo alguno a una conducta ilegal que, aunque indirectamente pudiera haber permitido, sin embargo no ha producido y, por consiguiente, puede desconocerla sin acudir a mecanismo revisor alguno.” Morillo Velarde Pérez, José Ignacio, los actos Presuntos, Editorial Marcial Pons, Madrid 1995, p.29

A riesgo de redundar en esta materia, vale la pena también reseñar la tendencia de la doctrina según la cual, **el silencio administrativo no es acto tácito pues lo tácito implica un comportamiento que revele, por vía indirecta, una voluntad distinta de la que se exterioriza de modo expreso.** Además en el acto tácito hay un acto a través del cual se induce la voluntad, mientras que en la situación de silencio ante el derecho, lo que se da es una inactividad compleja en sí y por sí indiferente y equívoca.

En esta misma dirección se ha manifestado la Corte Constitucional, que categóricamente precisa, que el silencio nunca equivale a una respuesta positiva o negativa de la administración, frente al contenido de fondo planteado en el recurso. Simplemente se trata de una falta de respuesta, que faculta al particular para tomar alguna acción diferente ante la inactividad de la dependencia estatal de que se trate en cada caso concreto.

“En primer término debe advertirse, en armonía con la jurisprudencia constitucional, que el silencio administrativo no satisface las exigencias del derecho de petición y que, por el contrario, es la mejor prueba de que ha sido violado. La presunción de un acto demandable tiene por objeto permitirle al particular llevar su asunto a conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero de ninguna manera sustituye la obligación de resolver las peticiones que, por expreso mandato constitucional, atañe a las autoridades públicas.

La Corte Constitucional ha expuesto con absoluta claridad “...no se debe confundir el derecho de petición - cuyo núcleo esencial radica en la posibilidad de acudir ante la autoridad y en obtener pronta resolución- con el contenido de lo que se pide, es decir con la materia de la petición. La falta de respuesta o la resolución tardía son formas de violación de aquel y son susceptibles de la actuación protectora del juez mediante el uso de la acción de tutela, pues en tales casos se conculca un derecho constitucional fundamental. En cambio, lo que se debate ante la jurisdicción cuando se acusa el acto, expreso o presunto, proferido por la administración, alude al fondo de lo pedido, de manera independiente del derecho de petición como tal. Allí se discute la legalidad de la actuación administrativa o del acto correspondiente, de acuerdo con las normas a las que estaba sometida la administración, es decir que no está en juego el derecho fundamental de que se trata si no otros derechos, para cuya defensa existen vías judiciales contempladas en el código contencioso administrativo y, por tanto, respecto de ella no cabe la acción de tutela salvo la hipótesis del perjuicio irremediable.” Sentencia t-242 de 1993)”

El silencio administrativo positivo no constituye pues un acto administrativo per se; ni la legalidad o ilegalidad del silencio administrativo es susceptible de ser evaluada sino desde la perspectiva puramente formal por tratarse de una ficción legal. Por ello ha dicho la jurisprudencia:

“La no respuesta administrativa no crea ni establece, una obligación clara, expresa y exigible. Y no puede hacerlo, como ya se precisó, porque el silencio no es fuente de obligaciones y, además, cuando ocurre - verdaderamente- con los requisitos descritos antes, sólo autoriza, habilita o reconoce derechos preexistentes del contratista y por tanto la fuente obligacional está en estos derechos y no en la omisión de responder, aunque se haga protocolizar ante notario.”

En igual sentido se ha pronunciado ya el alto Tribunal:

“Para que se configure el silencio administrativo mencionado no solo es indispensable que transcurra el término señalado en la ley sin que la administración se pronuncie sobre una solicitud presentada a ella en el curso de la ejecución del contrato, sino que además es menester que el demandante aporte las pruebas que permitan deducir la obligación que se está reclamando.

En otras palabras, el administrado tiene que demostrar dentro del proceso, que la solicitud elevada a la administración contratante se apoya en medios probatorios allegados al expediente, pues el sólo transcurso del tiempo no puede ser constitutivo del fenómeno jurídico en estudio.

Sin embargo, esta Corporación advierte que el silencio administrativo positivo referido le servirá al actor como una prueba a su favor para iniciar un proceso de conocimiento con el propósito de reclamar sus actuaciones.

**SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO / Procedencia.**

*COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Vs. LA NACION- MINISTERIO DE COMUNICACIONES. 10 de mayo de 2000.*

En relación con el caso planteado, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se puede considerar, en interpretación alternativa de la ley 80 de 1993, que el silencio administrativo positivo no es de procedente aplicación cuando se trata de asuntos relativos a la ruptura del equilibrio financiero del contrato, como se expondrá enseguida, o bien que procede, pero bajo precisas circunstancias que se examinarán precisa y brevemente más adelante.

La causa de la petición radica en que la contratista entendió que como la sociedad de economía mixta que se constituyera con el objeto principal de prestar el servicio de telefonía móvil celular, de conformidad con el Estatuto Tributario vigente, estaba exenta del impuesto sobre la renta y complementarios, sobre esa base formulo su propuesta y efectúo el pago de los derechos de la concesión que se le otorgaba.

Más ocurrió que el régimen impositivo mencionado fue variado por el legislador al expedir la ley 223 de 1995, cuyo artículo 60 modificó el Estatuto Tributario y sujetó a las sociedades prestadoras del servicio de telecomunicaciones al impuesto

mencionado, de manera que al establecer el gravamen sobre la actividad propia del Contrato de Concesión se le afectó de modo significativo.

- Jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de silencio administrativo positivo:

1. Primera tesis: Auto de 7 de octubre de 1999; “Cuando la ley para el efecto de la dinámica de la operación contractual sanciona con efecto positivo la omisión o silencio de la administración, el responder después de los tres meses siguientes a la petición del contratista, debe entender desde luego que lo peticionado por aquel debe ser asunto a definir con relación a su actividad contractual, del contratista – no del contratante -, con el lleno previo de requisitos legales o contractuales, como ya se dijo.

Lo anterior indica que las peticiones del contratista distintas a ese fin objetivo descrito, no son solicitudes que no respondidas expresamente en el término de tres meses, deben entenderse aceptadas presuntamente. Considerar lo contrario significaría: que el convenio se lesionaría porque la petición del contratista no respondida a tiempo, podría, en algunos eventos, conducir a la variación de la reglas negociales: por ejemplo cuando pidió el aumento del plazo, la variación económica a su favor, la reducción o extensión del objeto, la interpretación del contrato, etc., ¿la no respuesta del contratante significa que este decidió favorablemente? La Sala considera que la respuesta es negativa. El contratista si bien tiene derecho a pedir - ejercicio del derecho de petición- no siempre tiene el derecho constitutivo previo para que la respuesta sea afirmativa, expresa o

presuntamente. De no ser como acaba de explicarse el contrato podría novarse, o su ejecución causar desmedro injustificado al patrimonio público., etc.”.

\*en otros términos, según el Consejo de Estado, el silencio positivo en materia contractual no puede utilizarse como medio para dirimir controversias concernientes a aspectos esenciales del contrato, como son las referentes al precio, plazo, a las condiciones de ejecución material de la prestación, entre otras. Esos aspectos sólo pueden dirimirse o bien mediante el acuerdo de las partes expresamente convenido, o a través de decisión judicial, o de los mecanismos alternos de arreglo directo de diferencias contractuales a que se refiere la ley 80 de 1993.

## 2. Segunda tesis:

- Artículo 25 numeral 16 de la ley 80 de 1993: la transcrita disposición se refiere a “las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato” y, por lo mismo, comprende a todas las que se formulen en esa oportunidad, con la única excepción de las que deban resolverse, como afirma la jurisprudencia, por un pronunciamiento especial por escrito por la misma ley.
- Todas las excepciones son de restrictiva interpretación y deben provenir directamente del ordenamiento jurídico.
- Artículo 27 ley 80 de 1993: empero, si la administración no contesta la solicitud que le formule el contratista, nada impide que se cumpla en su favor el silencio administrativo positivo, dispuesto en el artículo 25 numeral 16 de la ley 80 de

1993, si además, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado (auto 7 de octubre de 1999), la petición que formule no es contraria al ordenamiento jurídico, está en consonancia con la realidad del proceso contractual y se demuestran los hechos que le sirven de fundamento.

## **15. COSA JUZGADA POR EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN**

### **COSA JUZGADA POR EFECTO DE LA TRANSACCIÓN.**

*UNION TEMPORAL (DISTRAL S.A. – CMD S.A. – CONSORCIO TITO MARCELO PAVICON LTDA y PRIMON LTDA.) Vs. ECOPETROL. 20 de junio de 2001.*

La jurisprudencia ha demarcado de manera puntual cuales son los elementos de la transacción (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de mayo de 1966): “el artículo 2469 C.C. define la transacción diciendo que es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Esta definición ha sido tildada de inexacta y deficiente, porque, de una parte le asigna a la transacción el carácter de contrato cuando por sí sola no genera obligaciones y, porque, de otro lado, no alude al elemento de concesiones recíprocas de las partes que es característico de éste fenómeno y que lo distingue de otras figuras jurídicas afines. En varias ocasiones la Corte ha sentado la doctrina de que son tres los elementos específicos de la transacción, a saber:

1. La existencia de un derecho dudoso, o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio.
2. La voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme.
3. La eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas.

Teniendo en cuenta estos elementos se ha definido con mayor exactitud la transacción expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litio eventual.”

La cosa juzgada es una institución dentro del ordenamiento jurídico que rechaza la posibilidad de discusión de una cuestión ya tratada y decidida, por cuanto las partes han definido previamente un estado de inseguridad, insatisfacción e incertidumbre, mediante la solución del conflicto que entre ellas se había suscitado, ya sea con la intervención del aparato jurisdiccional del Estado o mediante ciertos acuerdos privados a los que la ley les ha dado la característica de hacer tránsito a cosa juzgada. Podría decirse que su principal efecto es cumplir una función negativa, consistente en excluir el replanteamiento del problema ante las autoridades jurisdiccionales.

Ahora, la procedencia del efecto de cosa juzgada supone la existencia de dos situaciones en el tiempo: una relativa al momento en que se define la situación controvertida, en la cual las partes ya sea mediante la intervención del estado o de

común acuerdo solucionan la controversia, y la otra posterior en la que alguna de las partes reabre el debate permitiendo la posibilidad de hacer valer el efecto de cosa juzgada. Para que frente a tal situación pueda hacerse efectiva la cosa juzgada deben verificarse los siguientes requisitos:

1. Identidad del objeto: Supone que la situación que se está debatiendo recaiga sobre la misma materia que fue motivo de solución previa.
2. Identidad de la causa: Supone que la causa petendi que se presenta al debate, fue resuelta anteriormente.
3. Identidad jurídica de las partes: Es decir que quienes resolvieron sus diferencias son los mismos que hacen parte de la relación jurídica que pretende reabrir.

## **16. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO**

### **VICIO DEL CONSENTIMIENTO / Fuerza.**

*COOPERADORES I.P.S. S.A. Vs. FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. 10 de abril de 2000.*

La doctrina ha definido el concepto de fuerza o violencia como toda presión física o moral que se ejerce a una persona para inducirla a la celebración de un acto jurídico. Es decir, al otorgamiento del consentimiento para la celebración de dicho acto. Dicha fuerza o violencia debe ser de tal naturaleza o intensidad que determine el comportamiento de la víctima induciéndola a la celebración del acto.

Caso típico de este tipo de fuerza puede ser el otorgamiento del consentimiento para la celebración de un acto por parte de una persona que esté secuestrada. Por su parte, se ejerce fuerza moral cuando mediante actos intimidatorios inducen a la persona sometida a dichas presiones a consentir en actos jurídicos, por ejemplo en los casos de amenaza de muerte etc.

Para que la fuerza sea considerada como vicio del consentimiento para la celebración de actos jurídicos, debe cumplir dos requisitos fundamentales: uno de carácter cuantitativo y otro de carácter cualitativo. El requisito cuantitativo consiste en que la fuerza o violencia tenga una intensidad suficiente como para determinar el comportamiento de la víctima en inducirla a la celebración del acto o contrato y el requisito cualitativo consiste en que la fuerza debe ser injusta, es decir, que dicha fuerza o violencia no esté legitimada en el ordenamiento jurídico.

### **VICIO DEL CONSENTIMIENTO / Fuerza Moral.**

*UNION TEMPORAL (DISTRAL S.A. – CMD S.A. – CONSORCIO TITO MARCELO PAVICON LTDA y PRIMON LTDA.) Vs. ECOPETROL. 21 de junio de 2001.*

El artículo 1502 del C.C. señala que para obligarse por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1) ser legalmente capaz. 2) Consentir en dicho acto y que el consentimiento no adolezca de vicio y 3) Que dicho acto o declaración tenga objeto y causa lícitos.

Los vicios que afectan el consentimiento, según el artículo 1508 C.C. son el error, la fuerza y el dolo, pero la fuerza constituye un vicio solamente cuando es capaz

de producir *“una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición”* que la lleve a verse expuesta *“a un mal irreparable y grave”*.

La jurisprudencia se ha encargado de fijar su alcance y modernizar su interpretación, al respecto se ha dicho: “La fuerza o violencia, en la órbita de los vicios de la voluntad, se suele definir como la injusta coacción física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a la celebración de un acto jurídico. Se ha dicho con razón, que esta definición no traduce el verdadero vicio sancionado por el derecho, sino la causa del mismo. En realidad, la violencia es un hecho externo distinto del temor o miedo que infunde en el ánimo de la víctima y que es el que la coloca ante el dilema de realizar el acto que se le propone o de sufrir el mal que ya se le inflige o con el que se le amenaza, coartándole así el grado de libertad requerido por la ley para el ejercicio de su voluntad jurídica.

Presupone dos requisitos para la invalidación del acto celebrado bajo el imperio de la fuerza: a) 1513 C.C. intensidad del acto violento y a la repercusión de éste en el ánimo de la víctima. b) injusticia de los hechos constitutivos de aquella, entendiéndose como tales los que no encuentran legitimación en el ordenamiento jurídico respectivo.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de abril 15 de 1969).

Para la doctrina los elementos constitutivos de la fuerza como circunstancia que invalide la suscripción de un contrato son:

- a) debe ser ilegítima, es decir, el procedimiento utilizado para obtener la manifestación de la voluntad debe ser contrario a derecho. Es pertinente establecer frente a este requisito que el abuso del derecho se constituye igualmente en coacción ilegítima, siempre y cuando se encuadre dentro de las exigencias necesarias para su configuración, de tal forma que pueda definirse por el juzgador como excesivo, injusto e intolerable.
- b) Debe ser grave, con la intensidad suficiente para producir una intimidación fuerte que repercuta en el ánimo de la víctima de acuerdo con las condiciones subjetivas de ésta. La gravedad la valora el juzgador de acuerdo con las circunstancias específicas.
- c) Debe ser actual e inminente, de tal forma que su producción sea concomitante con el acto que se celebra.
- d) Debe ser determinante, en el sentido de generar tal grado de limitación de la autonomía de quien se obliga, que de otra manera no hubiera contratado, habida consideración de sus circunstancias personales y del medio en que actúa.

Para el Tribunal resulta claro entonces que la prueba de la violencia moral, como vicio del consentimiento, se concreta a verificar si quien la alega vio suprimida o menguada su libertad a consecuencia del temor originado en la amenaza y, por tratarse de una cuestión de hecho, le corresponderá al Tribunal determinar si con fundamento en los elementos de convicción se dan en el presente caso los presupuestos necesarios que la ley y la jurisprudencia han fijado como indispensables para que la fuerza vicie el consentimiento.

No perderá de vista el Tribunal, en todo caso, lo que la doctrina francesa ha denominado la violencia “legítima” dentro de los contratos administrativos y que se concreta en la posibilidad para la administración de constreñir al contratista a que cumpla el objeto del contrato en el interés de evitar que su incumplimiento afecte obras de interés público.

Por tanto para el Tribunal la caducidad no puede considerarse como un medio ilegítimo de coacción, no obstante ser declarada mediante acto administrativo en el cual la entidad estatal impone su voluntad al contratista, puesto que su procedencia y efectos son de rango legal y forman parte de todos los contratos administrativos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Laudo entre ARQUITECTOS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES LTDA. – ACEI LTDA Vs. FONDO NACIONAL DE AHORRO. 14 de mayo de 1999.

Laudo entre BELTRAN PINZON Y CIA. S.A. CONSTRUCTORES Vs. FONDO NACIONAL DEL AHORRO. 12 de mayo de 1999.

Laudo entre BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA Vs. BANCO CENTRAL HIPOTECARIO Y FIDUCIARIA CENTRAL S.A., 9 de agosto de 2000

Laudo entre CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR de FENALCO – COMFENALCO Vs. CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL. 24 de octubre de 2001.

Laudo entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Vs. LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMUNICACIONES. 10 de mayo de 2000

Laudo entre CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHON S. A Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVIAS. 24 de agosto de 2001.

Laudo entre CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S. A. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS. 26 de noviembre de 2001.

Laudo entre CONSORCIO CONTRATISTA SKANSKA Vs. CONCIVILES – URRRA S.A. E.S.P. 16 de mayo de 2001.

Laudo entre CONSTRUCTORA ÁTICA ESTUDIO INTERNACIONAL Vs. DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Distrital. 20 de mayo de 2000.

Laudo entre COOPERADORES I. P. S. S. A. Vs. Fiduciaria LA PREVISORA S.A. 10 de abril de 2000.

Laudo entre CONSORCIO CONSTRUCTORA ANDRADE, GUTIÉRREZ Y OTROS Vs. FERROVIAS. 7 de marzo de 2002.

Laudo entre DIEGO JARAMILLO GÓMEZ Vs. CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA “C. A. R”. 16 de octubre de 1999.

Laudo entre DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ Vs. CONSORCIO COLOMBIANO ARGENTINO. CON.COL.AR. 20 de mayo de 2000.

Laudo entre DRAGOS HIDRÁULICOS LTDA Vs. MINISTERIO DE TRANSPORTE. 28 de febrero de 2001.

Laudo entre EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS FERROVIAS Vs. CONSORCIO CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S. A. Y CONCIVILES S. A. 9 de marzo de 2002.

Laudo entre EQUIPO UNIVERSA Y CIA LTDA. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS. 11 de agosto de 2000.

Laudo entre FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTAFE DE BOGOTA D.C. Vs. SOCIEDAD FRANCESA DE EXPORTACION DE MATERIALES SISTEMAS Y SERVICIOS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR SOFREMI. 26 de Octubre de 2001.

Laudo entre FONDO ROTATORIO DEL EJÉRCITO Vs. PRATCO S. A. 25 de febrero de 1999.

Laudo entre GIRALDO SANCHEZ & CÍA LTDA. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. 15 de mayo de 2000.

Laudo entre INCOEQUIPOS S.A. y SALEH Y TORRES LTDA Vs. COINCO LTDA. 6 de junio de 2001.

Laudo entre INGENIEROS CONSTRUCTORES TECNOLOGÍA Y EQUIPO CONSTRUCTORA INECON-TE Ltda. Y CONSTRUCCIONES CARRILLO CAYCEDO S.A. – CONCAY S.A. – INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS. 15 de septiembre de 1998.

Laudo entre INSTITUTO DE DESARROLLO RBANO –IDU- Vs. SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. de C. –ICA- 30 de noviembre de 2001

Laudo entre INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL INURBE Y FODUCOR S.A. 2 de junio de 1999

Laudo entre INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL INURBE Vs. FIDUAGRARIA. 8 de junio de 1999

Laudo entre INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL INURBE Vs. FIDUCOLOMBIA S.A. 1 de marzo de 2000

Laudo entre INVERSIONES KENO S. A Vs. EMPRESA COLOMBIANA DE RECURSOS PARA LA SALUD S. A. ECOSALUD. 20 de agosto de 1997.

Laudo entre LUIS FERNANDO GONZÁLES PÁEZ Vs. FONDO DE DESARROLLO LOCAL BARRIOS UNIDOS (LOCALIDAD 12) DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ. 13 de mayo de 1998.

Laudo entre MALLAS EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES LTDA – MAECO LTDA  
Vs. FONDO NACIONAL DEL AHORRO. 10 de marzo de 1999.

Laudo entre PROMOTORA DE CONSTRUCCIONES E INVERSIONES SANTANA  
S.A. PROSANTANA S.A. Vs. DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ  
Vs. COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. COFIANZA S. A. 18 de  
diciembre de 2000.

Laudo entre PLINCO S.A. VS EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO  
DE BOGOTÁ E.S.P. 30 de mayo de 2001.

Laudo entre RECCHI S.P.A. COSTRUZIONI GENERALI-GRANDI LAVORI  
FINCOSIT S.P.A. Vs. INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS. 8 de junio de  
2001.

Laudo entre SEPÚLVEDA LOZANO Y CIA LTDA. Vs. INSTITUTO DE  
DESARROLLO URBANO – IDU. 5 de mayo de 1997.

Laudo entre SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT. Vs. EMPRESA NACIONAL DE  
TELECOMUNICACIONES TELECOM. 10 de agosto de 2000.

Laudo entre TERMORRIO Vs. ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO. 21 de  
diciembre de 2000

Laudo entre UNION TEMPORAL DISTRITAL S.A. – CMD S.A. – CONSORCIO TITO MARCELO PAVICOSN LTDA y PRIMON LTDA Vs. ECOPETROL. 20 de junio de 2001.

Laudo entre UNIVERSAL S.A. Vs. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA VIAL Y VALORIZACIÓN. 31 de agosto de 2001.

Laudo entre WORLD PARKING S. A. Vs. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU. 25 de agosto de 2000.

