

DA0022
2013
ep.1

1323733

INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS ESTATALES

ENSAYO

PRESENTADO POR

CEDEÑO HERNANDEZ MARIA

JIMENEZ DE LA ROSA MÁXIMO

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO

PROMOCION 29

BARRANQUILLA, SEPTIEMBRE 9 DE 2013

TABLA DE CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN	Pág. 3
II.	JUSTIFICACIÓN	Pág. 6
III.	OBJETIVOS	Pág. 7
IV.	OBJETIVO GENERAL	Pág. 7
V.	OBJETIVO ESPECIFICOS	Pág. 7
1.	EL INCUMPLIMIENTO EN LA CONTRACION ESTATAL	Pág. 8
2.	ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO	Pág. 8
3.	DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES	Pág. 9
4.	EL INCUMPLIMIENTO	Pág.10
5.	LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO	Pág. 11
6.	INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA	Pág. 12
7.	INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS ATRIBUIBLES A LA ADMINISTRACIÓN	Pág. 22
	CONCLUSIÓN	Pág. 44
	BIBLIOGRAFÍA.	Pág. 46

I. INTRODUCCIÓN.

Dentro del marco de la Legislación Colombiana, se ha expedido un sin número de normas jurídicas que vienen a regular los distintos aspectos en materia de contratación estatal, los cuales dificultan el proceso de aprehensión, epistemológicos y su herramienta jurídica, con lo cual se busca una ordenada comprensión del tema, exponiendo de manera sistemática las normas para una mayor claridad y visión con relación al tema a desarrollar.

Por esta razón se hace necesario conocer del tema y a ciencia cierta las partes intervinientes en el contrato estatal, con el fin de identificar en el mismo, cuáles son sus órganos, entidades o dependencias del Estado, a los cuales la Ley contractual le ha otorgado la competencia y por otra parte, las personas naturales o jurídicas de derecho privado, quienes deben cumplir una serie de requisitos indispensable que les permita poder concurrir simultáneamente y conjuntamente a la celebración del negocio jurídico y a la que comúnmente se le denomina contratación estatal, con fundamento legal y teniendo en cuenta un marco conceptual emitido por la jurisprudencia y la doctrina en relación a la materia contractual y en lo que tiene que ver con todo lo relacionado a los incumplimientos contractuales tanto para las entidades o la administración pública como para los contratistas.

Todos los días a través de los medios de comunicación podemos observar noticias sobre carrusel de contrataciones, de obras públicas inconclusas por

doquier, funcionarios y contratistas corruptos, y múltiples escándalos acaecidos en el trasegar de la contratación estatal; en este ensayo abordaremos, no las consecuencias penales, sino las causas que lo generan y las responsabilidades que les asiste no solo a los funcionarios estatales sino a los particulares en la celebración de los contratos estatales, para evitar que se produzcan estos fenómenos.

Resulta inexplicable la ocurrencia de esta serie de irregularidades, cuando en Colombia se cuenta con herramientas jurídicas como el Estatuto de Contratación Estatal, y jurisprudenciales, teniendo en cuenta que para la celebración de un contrato de obra pública, que se hace a través del procedimiento de licitación pública, en donde existe una serie de requisitos, en orden a garantizar el principio de transparencia, según el cual, la administración está obligada a expresar la forma como va a contratar, los requisitos que se exigirán, para evitar que se produzcan cambios que generen desequilibrio en el sistema de contratación, también está obligado a realizar una selección objetiva, entre otros, se requiere adelantar etapa de planeación, para hacer estudios de viabilidad de los proyectos, el valor estimado del contrato, presupuesto, se establecen los riesgos previsible que puedan afectar el equilibrio económico del contrato; luego la fase precontractual, en la cual se dan a conocer los pliegos de licitación, y se somete su factibilidad ante los posibles proponentes, posteriormente se pasa a la etapa donde se realiza la licitación y se escoge al proponente que presente la mejor propuesta, la etapa pos contractual en la cual se ejecuta y posteriormente se liquida el contrato.

Muy a pesar que nuestra normatividad prevé todo lo relacionado con el procedimiento de la contratación estatal, para que a través de éste se satisfagan las necesidades de la colectividad, y llegue a feliz término, una vez suscrito el contrato, y desembolsados los recursos, en muchas ocasiones sale a la luz

pública ya sea a través de los organismos de control o de las investigaciones adelantadas por los medios de comunicación, que dichos contratos no se celebraron con el lleno de los requisitos legales, o que hubo errores en la planificación, en la elaboración del presupuesto, en los cálculos, etc., situaciones que hacen más oneroso el contrato para alguna de las partes, o que impiden su realización, o en el peor de los casos, que se entregaron recursos al contratista, o se perdieron los recursos y no se realizó ninguna obra, en detrimento de los dineros públicos.

II. JUSTIFICACIÓN.

Con el presente ensayo pretendemos hacer un pequeño aporte en el área del derecho a esta gran selecta sociedad, con el fin de impulsar y reorientar los principios de moral, transparencia e imparcialidad que regula la Ley de Contratación Estatal en materia de cumplimiento por parte de las entidades administrativas y los contratistas en particular y sus causales de responsabilidad.

Uno de los propósitos del tema a desarrollar, es el análisis que podemos hacer de la Ley y de los conceptos jurisprudenciales y doctrinales a los cuales debemos acogernos para así encausar la actividad contractual en nuestra sociedad y evitar de paso, algunos comportamientos que en desarrollo de la actividad contractual, puedan infringir la Ley.

Que este ensayo sirva como un pequeño análisis que permita confrontar la realidad que en la actualidad estamos viviendo en nuestra sociedad y así podamos reflexionar, para poner límites a dicha actividad cuando en materia contractual se trate y evitar la tipificación de delitos relacionados con la celebración indebida de contratos.

Es así como la discusión en este ensayo, se centra en el incumplimiento de los contratos por las partes intervinientes en el negocio jurídico y que a pesar de que existen las normas legales y fundamentos jurisprudenciales y doctrinales se siga cayendo en esta práctica; convirtiéndose esto en un gran problema jurídico y que tanto daño le viene causando a la sociedad en donde el interés público en general es uno de los grandes afectados.

III. OBJETIVOS.

Los objetivos que nos proponemos con este ensayo, son:

IV OBJETIVO GENERAL.

Conocer las causas de la ruptura del equilibrio económico por incumplimiento de los contratos estatales.

V. OBJETIVO ESPECÍFICO.

Reflexionar sobre esta problemática de las causas del incumplimiento contractual como ruptura de la ecuación contractual atribuible tanto a la administración como al contratista, y determinar cuáles son los procedimientos para evitar que este desequilibrio económico contractual afecte el cumplimiento de los cometidos estatales para la satisfacción de las necesidades básicas comunitarias y evitar el detrimento patrimonial del Estado.

1. EL INCUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

En el campo de la contratación estatal, se deben tener en cuenta tanto para la administración pública como para los contratistas, el marco constitucional y legal que regula la materia y para eso se requiere tener un concepto muy claro y definido acerca de lo que es el Contrato estatal.

El Contrato estatal: Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el Estatuto de Contratación Estatal, Ley 80 de 1983 y lo reglamentado por el Decreto Ley 1510 del 17 de julio de 2013 en cuanto se reglamenta el Sistema de Compra y Contratación Pública, y lo previsto en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO.

Entre los elementos esenciales del contrato administrativo son los mismos indicados para los actos administrativos.

2.1. Elemento subjetivo: Un órgano competente, con un rubro presupuestal disponibles y con las debidas autorizaciones. Por otro lado, un contratista con capacidad para celebrar contrato con la administración.

2.2. Contenido u objeto: Debe ser cierto, determinado y lícito. El contenido del acto es lo que este dispone, decide o resuelve, está determinado por la norma jurídica.

2.3. Motivo o causa: La administración no puede actuar según su capricho; debe hacerlo dentro de su órbita de su competencia expresamente señaladas por la ley.

2.4. Finalidad: El fin del derecho administrativo no puede ser otra cosa que el interés público, que engloba entre otros, a la noción de servicio público.

2.5. Formalidades: Comprende todos los actos administrativos anteriores, concomitantes y posteriores a la celebración del contrato. Es decir, los elementos esenciales del contrato administrativo están enfocados hacia los conceptos de competencias, autorizaciones, disponibilidad presupuestal, capacidad para contratar, y el interés público entre otros.

3. DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES ESTATALES. (Art 50 Ley 80 de 1993).

“Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que le sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.”

4. EL INCUMPLIMIENTO.

El incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de las partes del contrato es el evento respecto al cual existe mayor controversia o discusión que por sí misma constituye un problema jurídico en materia contractual.

Además, de esa discusión propia de los contratos administrativos, lo cierto es que el incumplimiento de las obligaciones contractuales constituye un asunto común a los contratos administrativos y de derecho privado.

Para efecto de su estudio se analizará el tema, teniendo en cuenta lo siguiente.

En primer lugar se estudia el asunto, en relación al problema del incumplimiento del contrato como causal de ruptura del equilibrio económico de los contratos administrativos y en segundo lugar se analizará el contenido de la figura del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Luego, se debe tener en cuenta los elementos de la responsabilidad contractual por incumplimiento y finalmente se tendrá los efectos del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

En cuanto a lo que hace referencia a los efectos de los contratos administrativos y a su celebración, se debe partir del reconocimiento de que, a pesar de algunos aspectos que particularizan a los contratos administrativos, estos son en una esencia contratos y producen, como regla general, los mismos efectos de los contratos entre particulares, a partir de ese contexto debe resaltarse que el principal efecto de la celebración de un contrato es precisamente su fuerza

obligatoria, que se traduce en el imperativo de que las partes den cumplimiento, de buena fe, a las obligaciones surgidas del acuerdo de voluntades, así como aquellas que emana de la naturaleza de sus obligaciones pactadas o que por ley pertenecen a ellas.

5. LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO.

La responsabilidad contractual puede ser definida como una obligación resarcitoria de los perjuicios sufridos por un contratante, la cual se encuentra en cabeza de la persona ligada por una relación jurídica de carácter obligacional. De acuerdo a esta definición, son las partes del contrato quienes eventualmente pueden comprometer su patrimonio para dar lugar a la indemnización del daño contractual. Es decir, no es sólo la administración sino también su contratante son responsables patrimonial o civilmente por el daño contractual.

En cuanto a la responsabilidad contractual administrativa, el punto de referencia común de la responsabilidad patrimonial del contratista y de la administración es el contrato que los liga y los obliga recíprocamente.

Una vez que se da la existencia de un contrato debe entenderse el surgimiento de obligaciones correlativas para cada una de las partes. Así surge, entre otras, a cargo de la entidad pública contratante la obligación principal de pagar la suma de dinero como contraprestación por los bienes o servicios que recibe y , para el contratista, entre otras, la obligación de ejecutar la totalidad de la obra, servicio o suministro, en los términos, condiciones y plazos establecidos en el contrato, como bien lo ha dicho la jurisprudencia Colombianaⁱ, en referencia a los contratos

de obra, " son obligaciones fundamentales del contratista la ejecución personal de los trabajos, cumpliendo los plazos establecidos o estipulados para la iniciación de la obra, para cada una de las etapas previstas y para la ejecución total de ella".

Una vez definida la responsabilidad contractual, resulta preciso puntualizar los elementos necesarios para su configuración y para que se genere la consecuente obligación de indemnizar los daños causados.

De esta manera la doctrina Civilⁱⁱ, ha señalado que son tres las condiciones o elementos que dan lugar al surgimiento de la responsabilidad contractual:

- a) Un hecho imputable al deudor contractual consistente en la inejecución del contrato;

- b) Un daño sufrido por el acreedor contractual en virtud de dicha inejecución, y,

- c) Un vínculo de causalidad entre el hecho imputable al deudor y el daño.

6. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA.

De acuerdo con lo anterior expuesto, incumple entonces, el Contratista, cuando, en el caso de un contrato de obra pública, no entrega las prestaciones materiales contratadas o las entrega mal, de forma distinta a lo pactado, o lo hace fuera de

término. A su vez, incumple la entidad contratante, cuando no entrega los anticipos en tiempo, no dispone de los predios según lo señalado en el contrato, no cancela el precio del contrato o lo hace tardíamente.

Los contratistas responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daños o perjuicio a las entidades, derivadas de la celebración y ejecución de los contratos, respecto de los cuales hayan ejercidos o ejerzan las funciones como contratistas y en concordancia con la Ley 80 de 1993 que en su artículos 26, establece que los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato. También responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

En materia de responsabilidad por parte de los contratistas, esta se deriva del artículo 52 de la Ley 80 de 1993, según la cual, los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos que señala la Ley.

La Constitución Política, es portadora de los principios sobre los cuales se asienta la responsabilidad penal y civil por la conducta irregular o delictuosa de la personas , al establecer las reglas superiores que expresamente las sustentan , al señalar en el Preámbulo, los fundamentos del orden Constitucional, y al

determinar entre los principios orientadores del Estado, los de garantizar los derechos y deberes consagrados en ella y entre otros respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

Los Consorcios y Uniones Temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7º de la Ley 80 de 1993, en concordancia con la Constitución Política, artículo 6º ; Ley 80 de 1993, artículos 3,4,8,26,55,56,58,59,64; Código Civil, artículos, 1612 a 1617; Código Penal, artículos,147,164,165; Decreto 624 de 1994 y artículo 29 Decreto Ley 1510 de 2013.

A nivel de Jurisprudencia, se han sostenido varias posiciones en cuanto a la imposición unilateral de multas al contratista en vigencia de la Ley 80 de 1993. Inicialmente el Consejo de Estadoⁱⁱⁱ concluyó que la administración si podía imponer unilateralmente multas al contratista mediante acto administrativo, siempre y cuando se pactara la cláusula de multas en el contrato estatal.

Las razones aducidas por el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo, se fundamentan en la interpretación que dicho órgano hace de los artículos 4º, ordinal 2,22, inciso 5º y 22.1 de la Ley 80 de 1993, por el carácter ejecutorio de los actos administrativos de conformidad con el artículo 89 de la Ley 1437 del 2011.

La segunda posición jurisprudencial del Consejo de Estado^v, vigente desde el 20 de octubre de 2005, sostiene que la administración no puede imponer unilateralmente multas a los contratistas mediante acto administrativo, por cuanto la Ley 80 de 1993 no le otorgó esa facultad o potestad. Además, agregó, que las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, si pueden pactar la

cláusula de multas, pero la autoridad encargada de imponerlas y de hacerlas efectivas es únicamente el Juez del contrato. Es por esto que las cláusulas excepcionales, las de multas, o la penal pecuniaria en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, si se pueden pactar, pero, no como potestad excepcional e imponerlas, porque dicha facultad deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la Ley 80 de 1993, tal facultad fue derogada.

Pero en el evento que hayan sido pactadas las multas o la cláusula penal, en aplicación de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el Estado carece de competencia alguna para introducirla en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de imponerlas unilateralmente. Por lo tanto la anterior posición judicial, se ajusta a la normatividad constitucional y legal vigente, con fundamento al artículo 121 de Nuestra Constitución Política de Colombia, la cual dispone que ninguna autoridad podrá ejercer funciones que no le haya sido otorgadas por la Constitución y la Ley, porque la Ley 80 de 1993 no previó nada en cuanto a las multas como cláusula excepcional.

La jurisprudencia del Consejo de Estado^v, señaló recientemente, que frente a ese impedimento y al concepto jurisprudencial emitido anteriormente, respecto a la imposibilidad de imponer multas y hacerlas efectivas por la administración, que el Gobierno Nacional logró incluir en la Ley 1150 de 2007, el otorgamiento de esa facultad a las entidades estatales. En cumplimiento de esa Ley y, en atención a su artículo 17, se tuvo en cuenta el Derecho al Debido Proceso, el cual es un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de este principio y del deber de control y vigilancia sobre los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al Contratista a cumplir con sus obligaciones. Pero esta decisión

debe estar precedida de audiencia del afectado que deberá sujetarse a un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y este sólo procede, mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo, podrá declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Las sanciones que se deriven por incumplimiento contractuales, pueden revestir tres modalidades:

- a) Pecuniarias
- b) coercitivas
- c) rescisorias.

Las pecuniarias son aquellas establecidas por las partes en el contrato o en los documentos que lo complementan o por normas generales que son aplicables a la contratación pública.

Las sanciones coercitivas consisten en unas medidas que puede adoptar la administración para constreñir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, el prototipo de este tipo de sanción son las multas.

Las sanciones rescisorias son instrumentos legales que le permiten al Estado contratante a excluir de la ejecución de las obras o de la prestación del servicio según el caso, al contratista que haya incurrido en una falta al momento de la

celebración o ejecución del contrato o que no se encuentre en condiciones de ejecutarlo diligentemente.

La Ley 1150 de 2007, toma las multas como un elemento accidental del contrato y para su imposición se requiere el pacto expreso de las partes.

La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial.

La obligación que nace de la multa es el pago de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Esta obligación de pagar una suma de dinero es distinta de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de incumplimiento por lo que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero además, si es multado debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa.

Por otra parte no basta con demostrar el incumplimiento por acción u omisión, sino que es necesario probar la culpa del contratista.

Según concepto jurisprudencial de la Corte Constitucional^{vi} la cual se ha ocupado de estudiar el tema en materia sancionatoria, esta ha sostenido, que de conformidad con el artículo 29, “toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable” Esto indica que el Régimen Sancionatorio Nacional impide la asignación de sanciones por la sola realización de la conducta.

Es por esto que en materia sancionatoria deba tenerse en cuenta siempre la conducta, la cual implica que la imposición de la sanción sólo es posible, si el sujeto activo ha cometido la falta con dolo o culpa, esto es, con conocimiento y voluntad positiva en la obtención de los resultados de su comportamiento, o con simple conocimiento del mismo, pero en inobservancia de un deber de cuidado o diligencia.

Por lo tanto, no sólo basta con demostrar el incumplimiento atribuible al contratista, sino que debe existir una necesaria consideración y valoración del elemento subjetivo de culpabilidad, pues el obrar de manera contraria, comportaría una grave afectación Constitucional violatoria del Derecho Fundamental al Debido Proceso.

También es necesario, que las pruebas decretadas y recaudadas por la administración y que sean fundamentos del pliego de cargos para imponer una multa, cumplan con los supuestos mínimos de controversia. De la misma manera, cuando se realicen inspecciones, peritazgos, pruebas de campo, será obligatorio permitir la contradicción de la prueba, no solo comunicando oportunamente la práctica de tales pruebas, sino asegurando el derecho de defensa que sólo se garantiza con la presencia del personal idóneo del contratista para rebatir las conclusiones de esas diligencias con fines probatorios.

Acogiéndose a lo establecido en la Ley, en lo que respecta a la imposición de multas, sanciones y declaraciones de incumplimiento, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal.

Al evidenciar un posible incumplimiento por parte del contratista, la entidad pública lo citara a audiencia para debatir lo ocurrido. En dicha citación, se hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventora o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciara las cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá, el lugar fecha y hora para la realización de la audiencia, la cual se hace a la mayor brevedad posible, entendida la naturaleza del contrato y la periodicidad

La responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones contractuales constituye uno de los presupuestos tradicionales de la responsabilidad contractual y consiste en que el deudor incumplido haya incurrido en culpa, de tal manera que la responsabilidad por incumplimiento estará basada normalmente en el régimen de la culpa.

Por lo tanto sería contrario a toda lógica y a toda moral no responsabilizar a las partes contratantes en materia contractual, por el incumplimiento que se haya derivado de un contrato, porque una irresponsabilidad semejante chocaría con el concepto mismo de derecho, porque los contratos a través de las cuales las partes establecen y limitan recíprocamente sus derechos y obligaciones, se hacen para ser cumplidos y respetados, y el quebrantamiento de esta norma esencial de conducta determina responsabilidad.

Dentro de la responsabilidad por incumplimiento del contratista, se debe tener en cuenta el de la caducidad. Que es la estipulación en virtud de la cual si se presenta algunos 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 le dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentra.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesaria, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria no impedirá que la entidad contratante tome posición de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en la Ley.

La declaratoria será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

El Consejo de Estado^{vii}, ha considerado que, en el Derecho Colombiano, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de cualquiera de las partes constituye una causal de ruptura del Equilibrio Económico del contrato administrativo y supone el surgimiento del deber de indemnización por los perjuicios causados.

Que según lo que ha manifestado la Doctrina^{viii}, desde el punto de vista práctico, “no vale la pena la discusión acerca de si un incumplimiento rompe o no la ecuación. Lo realmente importante es saber que las obligaciones surgen para ser cumplidas y que su incumplimiento genera perjuicios que deben reconocerse”

Ahora bien, cuando las obligaciones que surgen a cargo de cualquiera de las partes de un contrato no son honradas en los estrictos términos en que fueron pactadas, sea porque no fueron ejecutadas del todo o porque la ejecución fue tardía o imperfecta, se produce el fenómeno de la infracción a la obligación y, con ello, el incumplimiento de la misma.

Por otra parte se debe precisar, que el procedimiento especial del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se aplica a cualquier sanción contractual que se pretenda imputar al contratista. Así, cuando la administración, encuentra satisfechos los supuestos para declarar la caducidad del contrato estatal; declarar un incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, o declarar la ocurrencia de un siniestro, el procedimiento que se surtirá para dictar el acto administrativo respectivo que declare el incumplimiento, será el previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, este procedimiento se aplica para cualquier sanción que se pretendiera imponer a un contratista ante un incumplimiento contractual.

Es así, como el contenido del inciso primero, del artículo 86 de la plurimencionada Ley 1474 de 2011, no deja dudas en cuanto dispone: “ Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal”.

Este precepto regula tres supuestos distintos a saber:

- I) La imposición de multas,
- II) Las sanciones pactadas en el contrato y,
- III) La cláusula penal pecuniaria.

Luego, el Consejo de Estado^x al referirse a las sanciones contractuales, sostuvo que se debe tener en cuenta el Debido Proceso como principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, que éste no sólo rige para la multa y la cláusula penal, sino para todas las actuaciones sancionatorias, como por

ejemplo, la declaración de caducidad, la declaración de un siniestro, la declaración de que un oferente se niega a suscribir el contrato estatal adjudicado.

En este sentido, es preciso señalar que cualquier decisión de la administración, tendiente a imponer sanciones al contratista por incumplimiento de obligaciones que estén estipuladas en el contrato estatal, deberán sujetarse al procedimiento especial integrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, siempre respetando el derecho al debido proceso y del derecho de defensa del contratista para salvaguardar su derecho tal como lo dispone el artículo 29 de nuestra Constitución Política de 1991, y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

7. INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS ATRIBUIBLES A LA ADMINISTRACIÓN.

Debemos señalar en primer lugar, que los contratos estatales producen los mismos efectos que los contratos entre particulares: tienen fuerza obligatoria para las partes.

El Código Civil Colombiano en sus artículos 1602 y 1603, así como el artículo 871 del Código de Comercio, establecen el llamado principio de la *lex contractus*, esto es, el deber de ejecutar los contratos de buena fe y de cumplir lo pactado así como las obligaciones que surjan de la naturaleza misma del contrato.

El contrato administrativo es un contrato sinalagmático y conmutativo^x, es decir lleva implícitas obligaciones mutuas para los contratantes. Y cuando una de las

partes contratantes deja de cumplir con las obligaciones que le competen, se quiebra esa conmutatividad y se altera el equilibrio económico contractual.

Por tratarse de un acto jurídico generador de efectos legales temporales para los cocontratantes, la doctrina ha desarrollado la teoría de la vigencia contractual, para referirse a la relación jurídica que se forma de manera temporal, por lo que es menester determinar a partir de qué momento surgen las obligaciones contractuales con la nota de ser exigibles y hasta cuando han de serlo.

El incumplimiento contractual consiste en que el acreedor de la obligación originada en un contrato, no recibe la prestación en los estrictos términos pactados, es decir, la prestación recibida por el acreedor no corresponde a lo esperado, independientemente de las razones por las cuales no se llegó a esa satisfacción.

Existen según la doctrina^{xi}, dos fenómenos generadores del incumplimiento del contrato, la responsabilidad contractual, en la que se involucraría un juicio de culpabilidad respecto de la conducta del deudor, y la ruptura del equilibrio económico del contrato, en las que se quiebra la equivalencia material de las obligaciones a cargo de los cocontratantes, pero por causas objetivas; también tenemos, el ius variandi, teoría del hecho del príncipe y teoría de la imprevisión, que se enmarcan en la responsabilidad contractual sin culpa, donde las partes del contrato resultan responsables de la indemnización de perjuicios.

El ius variandi como causal de ruptura de la ecuación contractual, consiste en que la administración pública contratante, al hacer uso legal de la facultad exorbitante, genera una alteración normal en el equilibrio del contrato, haciendo más gravosa su ejecución para el contratista. Estas situaciones que generan el ejercicio de la potestad exorbitante del Estado, no tienen otra finalidad que la de garantizar la

prestación eficiente y continua de los servicios públicos, en aplicación de dicha potestad, la administración puede interpretar los documentos contractuales, y estipulaciones, e introducir modificaciones a lo contratado.

Sin embargo podemos decir, que la aplicación de esta teoría no se constituye en una patente de Corso, para la administración en el sentido de desconocer sus obligaciones contractuales, sino que puede ser invocado por el cocontratante para solicitar el resarcimiento como consecuencia de los actos administrativos contractuales, toda vez que uno de los principios que deben orientar el derecho administrativo es el equilibrio entre prerrogativas administrativas y garantías ciudadanas.

El hecho del príncipe, conocido también como hecho de la administración, según viene definido por el Consejo de Estado^{xii}, se presenta cuando el Estado expide una medida de carácter general y abstracto, que era imprevisible al momento de la celebración del contrato y que afecta en forma directa o indirecta en el mismo, afectando de forma extraordinaria o anormal la ecuación financiera al momento de proponer su oferta o celebrar el contrato, precisando sin embargo, la teoría del hecho del príncipe tiene lugar, cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato, es proferida por la entidad contratante.

En consecuencia, la justicia conmutativa, propia de los contratos bilaterales sinalagmáticos, que caracteriza a los contratos administrativos, impone a la administración la responsabilidad objetiva por sus hechos y actuaciones, que conlleven a hacer más onerosa la obligación del contratista en la ejecución del contrato, por lo que si una actuación legal suya genera un daño patrimonial al contratista, el Estado está en la obligación de repararlo de manera integral.

La teoría de la imprevisión se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato, alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución situaciones que básicamente consisten en hechos económicos tales como crisis económica, devaluación extraordinaria, aumento, fundamental y sorpresivo en el precio de la materia prima esencial para la ejecución del contrato, conmoción social etc., siendo entonces indispensable para que se configure, la concurrencia de tres elementos:

1. Que el hecho sea exógeno,
2. Que no haya podido ser razonablemente previsto por las partes al momento de contratar, y
3. Que conduzca a una afectación económica de la ecuación económica del contrato extraordinaria y excepcional.

La responsabilidad estatal en Colombia, tiene consagración expresa en el artículo 90 de nuestra Constitución Política, en donde se señala:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

Otra posibilidad de ruptura de equilibrio económico la constituye la imputación del daño a la entidad contratante prevista en el artículo 5º, numeral primero de la

Ley 80 de 1993, donde se incluye como generador del daño reparable, no solo los actos lícitos de la administración sino también los ilícitos como el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

El artículo 5º numeral 1º de la Ley 80 de 1993, prevé como uno de los derechos del contratista el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica surgida al momento del nacimiento del contrato, cuando este se quebranta por incumplimiento de la entidad estatal.

Señala también el canon 5º del Estatuto Contractual citado, que del cumplimiento de las obligaciones estatales, se deriva la eficacia del acuerdo de voluntad, en cuanto dispone la obligatoriedad para la entidad contratante, de realizar oportunamente los pagos pactados en el contrato, para que el contratista no adolezca del detrimento en el valor intrínseco de la retribución pactada; además debe procurar que el objeto del contrato se cumpla en las condiciones de calidad, precio, y tiempo de ejecución previamente pactados.

Las autoridades administrativas, deben estar prontas a proteger los derechos del contratista, aún con amenaza de sanción para quien entorpezca la marcha del contrato o la eficacia del acuerdo, así se trate de la entidad contratante.

El equilibrio de la ecuación contractual puede verse afectado por parte de la administración al ejercer lícitamente la potestad exorbitante, como entidad pública, tales como interpretación, modificación y terminación unilateral.

En la modificación unilateral del contrato, el ejemplo más simple es el aumento de las prestaciones en los contratos a precios unitarios, por cuanto el mismo contrato ofrece los parámetros para llevarlo a cabo. En estos eventos el precio del contrato no está definido desde el inicio, sino los precios unitarios, por lo que hay que esperar el final de la ejecución para poder calcular y determinar el valor definitivo del contrato sin que esta modificación pueda ser denominada como modificación del objeto contractual.

Si la modificación consiste en nuevas prestaciones no previstas en el objeto del contrato, la administración podrá fijar el valor unilateralmente si no llega a un acuerdo con el contratista, restableciéndose así, el equilibrio del contrato. Para calcular la indemnización a que tiene derecho el contratista, no se hará con fundamento en la ecuación inicial sino tomando en cuenta otros factores diferentes a las condiciones del contrato como las condiciones del mercado, factores que serán definidos unilateralmente por la entidad contratante.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista puede renunciar a continuar ejecutando el contrato. En este caso se ordenará la liquidación del contrato y la entidad contratante toma las medidas necesarias para garantizar la culminación del objeto del contrato.

También el equilibrio económico de los contratos puede verse afectado por causas imputables a la administración, según ha señalado la doctrina^{xiii}, citando a Miguel S. Marienhoff en los siguientes eventos:

“Cuando la administración pública no cumple con las obligaciones que el contrato pone a su cargo, alterando por esa vía el equilibrio económico financiero del mismo, ello determina un supuesto de responsabilidad contractual del Estado.

El incumplimiento determinante de esa responsabilidad depende de las características del contrato y de las normas a considerar (...)

Sería contrario a toda lógica y a toda moral no responsabilizar al Estado por el incumplimiento de un contrato. Una irresponsabilidad semejante chocaría con el concepto mismo de derecho. Los contratos –a través de los cuales las partes establecen y limitan recíprocamente sus derechos y obligaciones- se hacen para ser cumplidos y respetados: el quebrantamiento de esta norma esencial de conducta determina “responsabilidad”.

El incumplimiento del contrato por parte de entidad contratante genera responsabilidad para la administración, pues, por mandato Constitucional en el canon 90, se establece la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables.

El artículo 50 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con la disposición superior arriba señalada, consagra que las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que le sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejado de percibir por el contratista.

Igual señalamiento hace el artículo 51 ejusdem, en lo referente a las acciones y omisiones del servidor público en la contratación estatal.

Para la suscripción de contratos estatales lo primero que se debe tener en cuenta es una buena planificación, cada entidad debe contar con programas y proyectos de inversión y establecer cuáles de ellos son viables económica, social y

técnicamente. Estos planes y proyectos de inversión deben ser realizables en un determinado tiempo y estar acordes con la capacidad técnica, financiera y operativa de la entidad estatal.

Cuando el funcionario estatal no cumple con el lleno de los requisitos para celebrar el contrato incurre en responsabilidad penal, asimismo, es responsable cuando no publica o elabora en forma adecuada los pliegos, cuando se abstiene de darlos a conocer para evitar la libre concurrencia de los oferentes, también incurre en una falta cuando suscribe el contrato con la persona que no ostenta la representación legal de la empresa o del contratista.

Para conformar un grupo de oferentes realmente idóneos, la entidad contratante al establecer los requisitos habilitantes desde los pliegos de condiciones o en la invitación, debe tener en cuenta lo siguiente:

- a) El riesgo del proceso de contratación;
- b) El valor del contrato objeto del proceso de contratación;
- c) El análisis del sector económico respectivo, y
- d) El conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial.

Es importante entonces, especialmente en tratándose de los contratos realizados a través del sistema de licitación pública de mayor cuantía, en razón de los recursos estatales que se manejan en esta clase de contratación, y cuyo objeto generalmente está encaminado a la satisfacción de una necesidad comunitaria a través de la prestación de un servicio público; tener en cuenta los factores antes

reseñados, los cuales se encuentran plasmados en el nuevo Estatuto de Contratación Estatal, Decreto Ley 1510 de 2013, en su artículo 16, por lo que la entidad contratante, no debe limitar su actividad a la aplicación mecánica de fórmulas financieras, para verificar los requisitos habilitantes de los oferentes.

En la etapa contractual, específicamente, como el contrato nace por iniciativa de la entidad, a ella le corresponde de manera exclusiva la dirección y vigilancia del contrato para que se garantice la correcta ejecución del mismo. Esta etapa comprende desde el acta de iniciación o pago del anticipo, hasta el vencimiento del plazo de ejecución del contrato, y tiene tres etapas de vital importancia como son la dirección del contrato, interventoría del manejo y supervisión de resultados.

Como la entidad contratante tiene el deber de vigilancia y dirección del contrato, es responsable por no tomar las medidas necesarias, para garantizar la correcta ejecución del contrato, ello puede ocurrir en el evento de situaciones imprevisibles, pero que una vez acaecidas, requieren la intervención de la administración para que se ejecute el contrato según lo previsto y se garantice el equilibrio económico.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado^{xiv}, la entidad contratante tiene el deber, para evitar la ruptura de la ecuación contractual, celebrar un contrato adicional, cuando se previó que el contrato adicional debería contener que eran necesarias para la correcta ejecución del acuerdo primigenio.

Por ello es importante, para evitar que se presenten estas situaciones, que al momento de suscribir el acta de iniciación de las obras, se indique por las partes, el plazo para la ejecución del contrato, también deben establecer las condiciones en las que se encuentra el objeto del contrato, se reseñen los equipos y el recurso

humano disponibles, indicando si éste realizara las funciones a cargo por cuenta y riesgo del contratista, es menester indicar los medios económicos de que se dispone, insumos y materiales con que cuenta el contratista o si estos son entregados por la entidad contratante.

La Ley 80 de 1993, estipula que dentro del contrato se puede establecer la entrega de anticipos al contratista por parte de la entidad contratante, como condición para el inicio de las obras. En el pliego de condiciones debe establecerse de que manera el contratista hará uso de ese anticipo, es decir en que lo va a invertir, que modalidad va a utilizar para su manejo eficiente, de manera que en modo alguno esto ocasione detrimento a los recursos de las entidades estatales contratantes.

El artículo 35 del nuevo Estatuto de Contratación -Decreto 1510 de 17 de julio de 2013- establece que el contratista para el manejo de los anticipos, debe constituir un contrato de fiducia mercantil, para crear un patrimonio autónomo con una sociedad fiduciaria acreditada por la Superintendencia Financiera, a la que la entidad contratante –Estado-, debe entregar los anticipos.

En los pliegos de condiciones, la entidad contratante debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo.

Para que la gestión contractual resulte exitosa, y para evitar detrimento al erario la Ley exige la designación de un interventor aún antes de ejecutarse el contrato, ya que éste revisa, aconseja, emite concepto técnico ante las dificultades que se puedan presentar en la ejecución del contrato. Esta interventoría también tiene injerencia en la evaluación de las propuestas, supervisar que el perfeccionamiento del contrato se realice con el lleno de los requisitos legales, particularmente en la aprobación de las pólizas que el contratista constituyó.

Este punto es de suma importancia porque la entidad estatal, a través de la interventoría debe asegurar que el contratista haga buen uso del anticipo y que el cronograma de trabajo se cumpla de acuerdo a lo estipulado en el contrato, que el anticipo no sea por un valor superior al cincuenta por ciento (50%), como quiera que cualquier acuerdo que celebren las partes y que se incluya en una cláusula contractual, en virtud del cual se establezca una suma superior al “cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato” a título de pago anticipado o anticipo, constituye una violación del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

En ese orden de ideas, los gastos en que incurra el contratista debe corresponder al total entregado por la entidad, representado en bienes y servicios para la ejecución de las obras.

En punto a este tema, la jurisprudencia Nacional reafirma la obligatoriedad que para la entidad contratante tiene el pago del anticipo del contrato. La entidad estatal incurre en responsabilidad por el no pago o por la demora en hacerlo efectivo, de modo que el contratista tenga que reclamarlo judicialmente.

Con relación a la obligatoriedad del pago del anticipo por parte de la entidad contratante, en una sentencia reciente proferida por el Consejo de Estado^{xv}, fue condenado el municipio de Maicao, ya que a pesar de haber pactado un anticipo con un contratista por el setenta y cinco por ciento (75%), valor por encima de lo legalmente establecido, no le canceló dicho anticipo en un contrato para confeccionar uniformes, por ser ilegal este porcentaje y tampoco lo ajustó al valor legal, que es del orden del cincuenta por ciento (50%), por lo que al no pagar dicho avance al contratista, éste incumplió el contrato, puesto que no confeccionó

ni entregó uno solo de los vestidos de los que habían sido acordados y dado que el valor pactado a título de anticipo era ilegal, el Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia que viene citada, reconoció los perjuicios materiales que atañen al daño emergente del valor que representó para la contratista el cumplimiento parcial del contrato y al lucro cesante que en este caso corresponde a los intereses compensatorios respectivos.

También se incurre en esta causal de incumplimiento del contrato, cuando la entidad no le entrega al contratista el anticipo en la fecha acordada en el contrato. El no pago oportuno del anticipo acarrea no sólo responsabilidad a la entidad contratante, sino que faculta al contratista para que solicite que se restablezca el equilibrio económico del contrato.

El pago de tan solo una parte del anticipo por parte del contratante no lo exonera de su deber de pagar la totalidad del anticipo y de indexar el valor de la parte no pagada cuando se incurre en mora, en este evento, ha dicho el Consejo de Estado, en la providencia a la que hemos hecho referencia, que hay incumplimiento por parte de la entidad estatal.

Cuando el contratista tiene que acudir ante la justicia para demandar el pago del anticipo, cabe la acción ejecutiva contra la administración, constituyendo el título complejo ejecutivo, con la sentencia y el acto administrativo de cumplimiento.

Tenemos entonces, que el no pago del anticipo o su pago parcial o extemporáneo son eventos de la administración censurables, por sus efectos negativos en la ejecución del contrato, ya que el contratista puede proponer la excepción de no pago del anticipo como fundamento para no iniciar la obra y obliga a la

administración en caso de estar acreditada tal situación a pagar dicho anticipo debidamente indexado en aras de restablecer el equilibrio económico contractual.

Para evitar que la administración contratante incurra en esta causal debe asegurarse previamente a la suscripción del contrato, que exista la disponibilidad presupuestal para pagar el anticipo una vez se presente la cuenta de cobro. También con antelación a la suscripción del contrato, en la minuta se debe estipular, cuándo la ejecución del contrato está condicionada al pago del anticipo, en tal caso, se precisará la destinación de los recursos del anticipo, y se dispondrá en el contrato con precisión que el anticipo se pacta sólo cuando el objeto contractual exige financiar al contratista para la iniciación de la ejecución del contrato.

También ha señalado el Consejo de Estado en la jurisprudencia que hemos citado anteriormente, que la demora de la administración en pagar los anticipos puede ser causa de la ruptura de la ecuación contractual.

La entidad contratante debe asegurarse de los fondos suficientes para pagar el ajuste que se haya pactado en el contrato, su pago extemporáneo causa mora. El anticipo se hace exigible después de perfeccionado el contrato.

Igualmente incurre en responsabilidad la administración, cuando no toma las medidas necesarias para garantizar la regular ejecución del contrato, disponer de estudios previos sobre los alcances técnicos y jurídicos del contrato, determinar el objeto del mismo, condiciones de ejecución, especificaciones técnicas, fijación del plazo, precio y modalidad de ejecución.

Se constituye así mismo en causal de incumplimiento por parte de la entidad contratante, cuando ésta no define el plazo del contrato, o cuando no se prevé un plazo suficiente para su ejecución, por lo que se generan situaciones que provocan malestar a la comunidad como cierre de vías, suspensión en la prestación de servicios públicos entre otros.

Otro hecho generador de incumplimiento contractual por parte de la administración, lo constituye el ampliar unilateralmente el objeto contractual, perjudicando económicamente al contratista. Estas situaciones se evidencian cuando la administración en un contrato de obra pública, incumple el plazo para aprobar los diseños arquitectónicos elaborados por el contratista, y decide extemporáneamente ordenar mayores cantidades de obra, que luego se niega a reconocer y pagar por que no están consignados en el contrato y no cuenta con recursos económicos para sufragar dichas obras, este último evento ocurre cuando no se hace una adecuada previsión presupuestal y luego se encuentra con que la apropiación presupuestal estipulada, no alcanza para cubrir los gastos y la remuneración del contratista, que de buena fe suscribió el contrato en debida forma, haciéndolo finalmente más oneroso para la administración en razón de las reclamaciones por vía judicial.

Para subsanar esta falta de previsión que conlleva al incumplimiento de los contratos por parte de la administración y a las subsecuentes condenas a las entidades estatales por perjuicios al patrimonio del contratista, se aconseja por parte de la doctrina^{xvi} que la entidad tenga en cuenta todos los hechos, situaciones legales y estatutarias que eventualmente pudieran afectar la ejecución del contrato, además un aspecto muy importante a tener en cuenta, además del control de las inhabilidades e incompatibilidades que puedan presentarse, ya en cuanto a los proponentes, contratista y por otro lado, al servidor público de nivel directivo que interviene, en el interregno que va desde la apertura de licitación ,

selección , adjudicación y celebración del contrato, tanto la entidad a la que está adscrito, a través de su área de control interno, y de los entes de control estatales, deben realizar una estricta vigilancia sobre su gestión y señalársele su grado de responsabilidad en la actividad que debe cumplir para el perfeccionamiento del contrato, de modo que lo comprometa personalmente, elaborar manuales de procedimiento de obligatorio cumplimiento, llevar archivos de todos y cada una de la actividades previas concomitantes y posteriores a la celebración de los contratos y de los sujetos intervinientes para favorecer el flujo constante de información acerca de cada contrato que se celebre.

Tanto el interventor, como las autoridades que supervisan el contrato, deben informar inmediatamente de los problemas que surjan durante su ejecución a fin de tomar las medidas necesarias, como ampliar el termino del contrato, conciliar con el contratista cualquier situación que entorpezca la correcta ejecución del contrato en condiciones de equidad para las partes que intervienen en él.

Adoptar los correctivos a que haya lugar para que en casos de imprevisión, fuerza mayor, etc., evitar que se paralice el contrato, y así impedir sobrecostos, daño de materiales e insumos, que puedan ser atribuidos a negligencia por parte de la administración, buscando siempre el mutuo acuerdo entre las partes, aún en este evento, si es necesario suspender la ejecución del contrato mientras se realizan ajustes o se sustituyen situaciones atribuibles a responsabilidad estatal. En este evento, las partes deben suscribir un acta indicando las razones que conllevaron a la adopción de tales medidas e indicar las directrices adoptadas para dejar nuevamente el contrato en condiciones de ejecución.

Otra situación que incide negativamente en la ejecución del contrato, afectando su ejecución es la errónea estimación de los riesgos naturales del contrato, y su

forma de distribución entre las partes, ya que una distribución errada de los riesgos puede acarrear una demanda por parte del contratista, también suele ocurrir que no se prevén adecuadamente los riesgos naturales, y ello puede ocasionar un sobrecosto del contrato.

Para evitar situaciones de conflicto, lo conveniente es que en el pliego de condiciones se estipule claramente a cuál de las dos partes le corresponde asumir el riesgo, en tal evento se entraría a analizar, cuál de ellas está más capacitada para afrontarlo, por ello debe ponderarse en el estudio previo, quienes de los contratantes están en condiciones de afrontarlo, de acuerdo con su capacidad de gestión y experiencia sobre el tema.

El Decreto 1510 de 2013^{xvii}, en su artículo 17, introduce una obligación a cargo de la entidad contratante, cual es la de evaluar los riesgos que el proceso de contratación represente para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida el Estatuto Colombia Compra Eficiente (Decreto Ley 4170 de 2011 por medio del cual se creó la Agencia Nacional de Contratación Pública).

Es necesario que se suscriba un contrato adicional, cuando se avizora que el objeto del contrato puede tener adiciones y que éstas son necesarias para la correcta ejecución del contrato original, no hacerlo, es causal de mala fe con el contratista.

Se debe suscribir un contrato bilateral, en situaciones cuando el contratante entrega al contratista un bien que no se halla en óptimas condiciones, como fue

ofrecido al contratista, para evitar que la entidad contratante se niegue posteriormente a reconocer tales deficiencias.

Cuando la entidad suspende en forma intempestiva el contrato sin consultar al contratista, o se niega a suspender el término de aquel a solicitud del contratista, a pesar de que conoce que alguno de los materiales que utiliza el contratista sea de importación y se le ha agotado, lo cual impide continuar con la ejecución del contrato.

Ante esa eventualidad, la entidad contratante está en la obligación a prestar todo su apoyo y colaboración al contratista en cuanto sea necesario atendiendo al objeto contractual, negarse a hacerlo acarrea responsabilidad para la administración, por incumplimiento de sus obligaciones como entidad contratante.

El contratante es responsable por desatender sus obligaciones, especialmente en los siguientes eventos:

- a) Cuando a pesar de haberse pactado en el contrato, se niega a realizar la revisión de precios, por ejemplo cuando hay incremento de salario mínimo.
- b) No reconocer que los nuevos gravámenes afectan la economía del contratista, por ser sobrevinientes,
- c) Se niega a pagar el incremento causado del supuesto jurídico que se configura.

Existen otros riesgos en el contrato de obra, que pueden demorarlo, cuando es la entidad contratante la que debe adquirir un predio para que allí ejecute una obra el contratista, porque pueden presentarse incumplimiento de los plazos del contrato, imputables a la entidad estatal, cuando no llega a un acuerdo sobre el precio,

pago, entrega del predio por parte del particular y cuando se trata de una obra de interés general si el propietario no quiere vender, la entidad estatal se verá obligada a expropiarlo, y mientras adelanta dicho trámite, se generan demoras para la ejecución de la obra.

Concurren otras situaciones, que puede ser causa de incumplimiento de contrato y que conllevan a que el contratista deba acudir a los estrados judiciales, cuando la entidad ejerciendo arbitrariamente la facultad exorbitante, por ejemplo cuando la entidad causa el retraso en la iniciación del contrato, a pesar de que se dispone de los estudios sobre la conveniencia de este, declara la terminación unilateral alegando que el objeto contractual es contrario al interés público.

Se puede presentar abuso de las cláusulas exorbitantes, cuando el contratante decreta la caducidad, a pesar de que el contratista haya ejecutado en debida forma sus obligaciones, cumpliendo con el cronograma de trabajo, o no obstante que la obra fue culminada y recibida a entera satisfacción por la entidad estatal.

Cuando la entidad estatal declara la caducidad administrativa del contrato, como una manera de retaliación a la petición del contratista de dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo, toda vez que la entidad contratante aumentó considerablemente las cantidades de obra, que le impedían ejecutar debidamente el objeto contractual.

Se considera igualmente que existe abuso por parte de la entidad estatal, al terminar unilateralmente el contrato, alegando la falta de presupuesto para pagar la ejecución del objeto del contrato.

Otra situación que nos indica que estamos frente al uso indebido de la facultad exorbitante por parte de la administración, cuando esta incumple la obligación de dar a su cargo, y más adelante altera en forma unilateral las condiciones del contrato, afectando el equilibrio económico de este, y no accede a su restablecimiento, desconociendo las peticiones del contratista exento de culpa.

Esta serie de eventos en los que la administración hace uso indebido de sus facultades prerrogativas en los contratos, trae consecuencias graves al patrimonio estatal, por ello, es importante tener en cuenta antes de ejercer estas facultades riesgosas, agotar la etapa previa gubernativa, que garantice al contratista su derecho de defensa, para que presente sus pruebas y pueda controvertir las que le sean oponibles. En caso de que este ejerza una defensa eficaz, le será imposible a la administración imponer la medida gravosa pretendida.

La administración debe garantizar el debido proceso al contratista, para que en caso de que prosperen las razones para aplicar la medida exorbitante, la entidad estatal puede declararla unilateralmente, por lo que antes de aplicar tales medidas, se debe requerir al contratista para que ejerza su derecho de defensa, como en la imposición de multa, so pretexto de que el retraso le es imputable. Este mecanismo busca permitirle al obligado demostrar que hubo una razón de hecho o de derecho que lo eximía de su cumplimiento, como en el caso de la fuerza mayor o culpa de la entidad contratante.

Es deber de la entidad estatal procurar que en la relación contractual prevalezca la armonía y colaboración de las partes, para mantener incólume la seguridad jurídica, se propiciará un ambiente sano para la interpretación y ejecución del contrato, concertación, como cuando se requiere mayor disponibilidad de presupuesto, debido a que la ejecución del contrato exige nueva apropiación

presupuestaria, en todas estas situaciones lo que se pretende es evitar litigios por no reconocer lo justo por la entrega de los bienes o servicios que no se previeron inicialmente en el contrato, pero que son necesarios para la debida satisfacción de los fines del contrato.

Frente a todas estas situaciones imputables a la entidad contratante (Estado) la Ley 80 de 1993, en su artículo 50 dispone que la entidad contratante responderá por acción, abstención, hecho y omisión antijurídicos que les sean imputables y causen perjuicio al contratista, con deber de indemnizar la disminución patrimonial así como el beneficio dejado de percibir por este.

El Estado, ha dicho la Corte Constitucional^{xviii} al resolver una demanda de inconstitucionalidad del artículo 50 del Estatuto de contratación, lo declaró exequible y señaló que debe interpretarse en consonancia con el artículo 90 de la Constitución Política, por cuanto la entidad estatal, debe responder por el daño que causa su conducta antijurídica, ya que la Ley 80 de 1993 establece como deber de la entidad y derecho del contratista, lo que corresponde a los fundamentos clásicos de la responsabilidad contractual del Estado, es por lo que todo daño antijurídico proviene de una conducta antijurídica y el omitir la aplicación de una norma legal obligatoria es contrario al derecho.

Siendo entonces los elementos de la responsabilidad estatal por incumplimiento contractual:

La existencia del contrato: El artículo 41 de la Ley 80 de 1993, señala que los contratos se perfeccionan con el acuerdo entre objeto y contraprestación, por escrito, por lo que para la validez del contrato se requiere de este requisito solemne.

La existencia de un daño, personal, cierto, que consiste en la lesión del derecho de crédito como consecuencia de un comportamiento del deudor contrario al programa de la prestación.

El incumplimiento de una obligación contractual. Incumple la entidad contratante cuando no entrega los anticipos en tiempo, no dispone de los predios según lo estipulado en el contrato, no cancela el precio del contrato o lo hace tardíamente.

Relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento. Para que se configure la responsabilidad contractual, es menester acreditar el vínculo de causalidad entre el incumplimiento de la obligación contractual y el daño producido.

Cuando se produce el incumplimiento de las obligaciones contractuales, en términos generales, se producen tres efectos a saber:

La ejecución forzada. Que consiste en la posibilidad que tiene el acreedor de acudir al juez administrativo para a través de la pretensión ejecutiva se ordene la ejecución de la prestación incumplida.

La resolución del contrato, consiste la posibilidad de que el acreedor solicite al juez, que ordene la terminación del vínculo obligacional, por no haberse ejecutado la prestación debida, este es aplicable exclusivamente en tratándose de obligaciones recíprocas, propias de los contratos bilaterales.

La indemnización de perjuicios, se refiere a que el deudor incumplido debe pagar una indemnización de perjuicios al acreedor, esta ejecución constituye la ejecución del contrato por su equivalente pecuniario, es decir, por una suma de dinero.

Tenemos entonces, que cuando se produce una responsabilidad contractual, con relación al incumplimiento de un contrato estatal, a fin de lograr el restablecimiento del equilibrio económico del mismo, la reparación debe ser integral, es decir, que cubra todos los daños sufridos por el acreedor a causa de la obligación incumplida.

CONCLUSIÓN.

El incumplimiento de las obligaciones en los contratos, se constituye en un elemento determinante en la ruptura de la ecuación contractual, toda vez que la parte insatisfecha, llámese contratista o contratante, tiene derecho a que se le restablezca la equivalencia de las prestaciones acordadas, mediante el pago de los perjuicios sufridos.

Esta inobservancia consiste en que la prestación recibida por el acreedor no corresponde a la expectativa frente a la obligación contraída, omisión en la prestación o que esta se ejecute de manera defectuosa, retardo, trayendo como consecuencia que se deba acudir a los estrados judiciales o a laudos arbitrales para dirimir el conflicto, siendo los efectos del incumplimiento de la obligación contractual la ejecución forzada, resolución del contrato y la indemnización de perjuicios.

La responsabilidad de los servidores públicos encargados de la celebración de contratos estatales puede ser penal, disciplinaria o fiscal.

En los procesos de selección de contratista, puede tratarse de la apertura de los procesos de licitación sin la elaboración previa de los pliegos de condiciones, de su elaboración incompleta, deficiente o falta de realización de los estudios técnicos y evaluaciones a que hubiere lugar, en la etapa de ejecución de los contratos, la falta de dirección y control del buen manejo del contrato.

Para evitar situaciones de responsabilidad patrimonial de la obligación por incumplimiento de los contratos, conviene evitar la morosidad administrativa, aplicando los criterios de la empresa privada, para hacer una administración más dinámica y garantista.

Todo apunta principalmente a la ética con que el funcionario público maneje el tema de la contratación, ejerciendo de manera oportuna la facultad legal y utilizar de manera prudente la potestad discrecional.

La contratación estatal, además del fundamento legal, debe estar instituida en otras garantías como estabilidad laboral, remuneración justa, respaldo en las decisiones que adopte, ausencia de injerencia de intereses políticos y burocráticos en los asuntos contractuales.

También es un factor determinante en la gestión del funcionario que administra la parte contractual, la inseguridad jurídica, por efecto de las continuas reformas legales y reglamentarias y divergencia en los criterios de contratación.

Con la entrada en vigencia del Decreto 4170 de 2011, por medio del cual se creó la Agencia Nacional de Contratación Pública, -Colombia Compra Eficiente-, y el Decreto 1510 de 17 de julio de 2013, por el cual se reglamenta el sistema de compra y contratación pública, se espera que la Administración cuente con los mecanismos para optimizar las políticas estatales para garantizar que el sistema de adquisición de bienes y servicios, para el logro de los cometidos estatales, se realice con transparencia, eficiencia y asegure el buen uso de los dineros públicos.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, RINCON, Hernán. C.P. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia 1995-01582-01(19480) de junio 6 de 2012.

BENAVIDES José Luis, El Contrato Estatal, entre el Derecho Público y el Derecho Privado". Universidad Externado de Colombia, segunda edición.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. "Derecho Procesal Administrativo" Señal Editora, Séptima Edición, 2009.

CARRILLO BALLESTEROS, Jesús María. C.P. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 9768 de marzo 26 de 1996.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CORREA PALACIO, Ruth Stella. C.P. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia de marzo 17 de 2010.

CUELLO DUARTE, Francisco. "Contratos de la Administración Pública". Ecoe Ediciones, tercera edición

DECRETO 734 DE 2012

DECRETO LEY 1510 de 17 de julio de 2013, Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

FAJARDO GÓMEZ, Mauricio. C.P. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 1998-00450-01(17935). Abril 28 de 2010.

FANDIÑO GALLO, Jorge Eliécer "Modalidades de Selección de Contratistas en el Contrato Estatal" Editorial Leyer, 2012.

HOYOS DUQUE, Ricardo. C.P. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia número interno 10607 de septiembre 13 de 1999.

LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro Antonio, "Contratos Estatales", Editorial Temis S.A. 2007.

LEY 1150 DE 2007

LEY 80 DE 1993.

MARTINEZ CABALLERO, Alejandro, M.P. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1º de agosto de 1996.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. "Manual de Contratación de la Administración Pública". Universidad Externado de Colombia Edición Marzo 2013.

MONTES, Juan de Dios. C.P. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sentencia 10882 junio 16 de 1997.

ORDONEZ M. Alejandro, VEGA DE HERRERA, Mariela, "Contratación Estatal, Teoría y Práctica", Editorial Temis, Bogotá, 1999.

RAMOS ACEVEDO, Jairo y RAMOS ACEVEDO Amparo. "Contratación Estatal". Editorial Ibáñez, Segunda edición.

RODRIGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando "Los contratos estatales en Colombia", Librería Jurídica Sánchez R, Ltda. 2013.

RODRIGUEZ VILLAMIZAR, Germán. C.P. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 11051 de julio 2 de 1998.

RODRIGUEZ, RODRIGUEZ, Libardo. "El Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos", Editorial Temis, segunda edición, 2012.

ROSERO MELO, Bertha Cecilia, "Contratación Estatal Manual Teórico Práctico". Ediciones de la U.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, C.P. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 1995-01582-01(19480) de septiembre 18 de 2003.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. "Instituciones de Responsabilidad Civil" Tomo III. Universidad Javeriana, edición 2006, pág. 111-115.

SOTOMAYOR URIBE Oscar, "Contratación Estatal". Librería Ediciones del Profesional Ltda.

SUAREZ HERNÁNDEZ, Daniel. C.P. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 11912, de junio 5 de 1998.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

i

GUERRERO DE ESCOBAR, Myriam. C.P. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2001-01219-01 de septiembre 26 de 2009.

ii

SANTOS BALLESTEROS, Jorge, "Instituciones de Responsabilidad Civil", Tomo III. Universidad Javeriana, edición 2006, pág. 111-115.

iii

ROJAS BETANCOURTH, Danilo. C.P. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. sentencia de agosto 25 de 2011.

iv

RODRIGUEZ VILLAMIZAR, Germán. C.P. Consejo de Estado, Sección Tercera. Octubre 20 de 2005.

v

ROJAS BETANCOURTH, Danilo. C.P. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de marzo 29 de 2012. Expediente 20397.

vi

MONROY CABRA, Marco Gerardo. M.P. Corte Constitucional, Sentencia T-1018 de octubre 16 de 2008.

vii

GIL BOTERO, Enrique. C.P. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia radicación 15665 de febrero 4 de 2012.

viii

ROSERO MELO, Bertha Cecilia, Contratación Estatal. Manual Teórico Práctico, Ediciones dela U.

ix

CORREA PALACIO, Ruth Stella. C.P. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia de fecha 17 de marzo de 2010.

x

ANDRADE, RINCON, Hernán, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia 25000-23-26-000-1995-01582-01(19480) de junio 6 de 2012.

xi

RICHER, Laurent, *Droit des contrats, administratifs*, citado por RODRIGUEZ, R. Libardo en *El equilibrio Económico de los Contratos Administrativos*. Edit. Temis, segunda edición 2012, pag.142.

xii

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, C.P. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 1996-05631, de septiembre 18 de septiembre de 2003.