

DAD025
2013
Ej.1

1323736

**ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN
TORNO A LA CONTRATACIÓN DIRECTA EN COLOMBIA**

**EDNA CECILIA CÓRDOBA VIDAL
MANUEL ANTONIO VARGAS BONILLA**

Ensayo presentado al : Dr. JORGE BOLÍVAR BERDUGO

**UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
DEPARTAMENTO DE POSGRADO
BARRANQUILLA
2013**

 **UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
INSTITUTO DE POSTGRADO**

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	3
1. FINES QUE PERSIGUE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y LOS PRINCIPIOS QUE LA RIGEN.	5
1.1 PRERROGATIVAS CONTRACTUALES DEL PODER PUBLICO	11
1.2 PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL	14
1.2.2 Principio de Responsabilidad por riesgos imprevistos	14
1.2.3 Principio de protección de la propiedad privada	15
1.2.4 Principio de la Buena Fe	18
1.2.5 Principio de Economía (art. 25 Ley 80)	18
2. REVISIÓN DE LOS PRECIOS COMO MECANISMO EMPLEADO PARA RESTABLECER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL CONTRATO.	19
3. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE HAN PRESENTADO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN LA CORTE CONSTITUCIONAL	29
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	38
4.1 CONCLUSIONES	38
4.2 RECOMENDACIONES.	42
BIBLIOGRAFÍA	

INTRODUCCIÓN

En el contexto de los aspectos relacionados con la contratación estatal por parte del Estado, es importante tener en cuenta que en Colombia en los últimos años ha entrado en un mecanismo de búsqueda para lograr fortalecerlo y que estos aportes sean inherentes a la regulación de diferenciación entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la administración pública, es por esto que se le dio un nuevo enfoque a que la legislación para que en cierta medida deje de funcionar estáticamente, encasillándose en mecánicas totalitarias y siempre fueron señaladas dentro del mismo Estado a través de las facultades innecesarias lo cual se desvirtuaron en el sostenimiento de una figura en acuerdo con las necesidades del mismo acatamiento y cumplimiento de la normatividad, y fue la misma Carta Magna de 1991 la que le dio nuevos mandatos que conllevaron a que se reformara el Decreto 222 de 1983, el cual regulaba el tema consecuentemente, en el año de 1993 el legislador visualizando la problemática se le buscó darle solución por medio de la expedición de la Ley 80 de 1993.¹

Por otro lado se ha podido observar que este mecanismo de contratación finalizó con la distinción anotada anteriormente entre contrato administrativo y de derecho privado de la administración, y suprimir la idea de que los contratos estatales son una categoría sui generis del contrato.

Hay que destacar que en los artículos 32 y 40 del Estatuto de Contratación, ha establecido que los contratos estatales son todos aquellos actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades estatales previstos en el derecho privado o los acuerdos que se deriven del ejercicio de la autonomía de la voluntad y la ley 80 de 1993 por otro lado, ha desarrollado una serie de principios

¹ RIVEROS SERRATO, H. y L. LEÓN NAVAS. Perspectiva constitucional de la Ley 80 de 1993. En Régimen de contratación estatal, JORGE PINO RICCI. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

de equilibrio contractual que instan a una igualdad de las partes como lo propugna el derecho privado.²

De acuerdo a estos conceptos, es importante para la investigadora del presente trabajo es entrar en una búsqueda para analizar las principales instituciones que se encuentran contenidas en el derecho civil y comercial en lo atinente a los contratos estatales, generándose con esto un aporte más para poder evaluar la manera cómo se forma el consentimiento en éstos contratos, comprender su objetivo, e identificar los requisitos de la validez y la existencia de los mismos, los cuales son los efectos frente a las partes, si se aplica la mora, cómo se perfecciona el contrato y cómo se extingue.

Es en estas áreas en donde mayor se aprecia esta conjunción entre lo público y lo privado, además los diferentes paradigmas que se han dado en torno a la regulación de la contratación estatal la cual se caracterizaba por abundancia de normas y trámites que manifestaban un dejo de desconfianza hacia el contratista y desnaturalizaban la concepción jurídica del contrato, dejando poco espacio a la autonomía de la voluntad y ocasionando una rígida normatividad que desplazó el acuerdo de voluntad, requisito sine que non de todo contrato. De esta forma, tanto el contratista como el Estado debían cumplir minuciosamente la ley que regulaba la materia y limitarse a lo permitido por el tenor literal de la misma.

² LATORRE, J.A. Presentación del nuevo estatuto de la contratación administrativa. Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005.

1. FINES QUE PERSIGUE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y LOS PRINCIPIOS QUE LA RIGEN.

Para iniciar con este capítulo, y de aquí en adelante se va a citar es al art. 3º de la ley 80, la cual se ocupa la norma de desarrollar los fines de la contratación pública:

El cumplimiento de los fines estatales - detallados en la Constitución Política-.

La continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

La efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Lo que busca la Ley 80 en su -art. 1- definiendo su objeto: “disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”.

Mientras que en el -art. 2-, menciona las entidades y los servidores públicos, que para efectos de esta ley, nos permite determinar el marco general de aplicación de la Ley y una competencia genérica para la contratación.

Entonces, hay que disponer que dentro de los elementos que se conciben de intervención en las contratación, es que estos controlan y manejan sus disposiciones con las diferentes entidades estatales, como son:

La Nación.

Las regiones -cuando se creen-.

Los departamentos.

Las provincias -cuando se creen-.

El distrito capital.

Los distritos especiales.

Las áreas metropolitanas.

Las asociaciones de municipios.

Los territorios indígenas.

Los municipios.

Y son entidades estatales:

La Nación.

Las regiones -cuando se creen-.

Los departamentos.

Las provincias -cuando se creen-.

El distrito capital.

Los distritos especiales.

Las áreas metropolitanas.

Las asociaciones de municipios.

Los territorios indígenas.

Los municipios.

La voluntad de unificar el régimen de contratos de la administración es el resultado de una revisión del equilibrio de las relaciones entre la administración y sus contratistas, así como el hecho de constar ciertas dificultades insuperables del antiguo estatuto, existen diferentes imperativos de orden económico, que propenden de manera general por el establecimiento de relaciones más igualitarias entre la administración y los administrados. Esta concepción más contractualista de la gestión pública influye cada vez con mayor fuerza sobre la concepción de los contratos de la administración.³

Se puede ver entonces como a finales del siglo XX los aspectos económicos adquirieron un rol preponderante en las decisiones políticas, la dinámica de la globalización propende por un gran cambio de la gestión pública, y con ello por el desarrollo de un lenguaje jurídico común, más seguro para la inversión y más claro para todos los actores involucrados. Este cambio ideológico es muy sensible en materia contractual dadas las carencias de la administración que incitan a estimular la participación del sector privado, lo que se traduce no solamente en una

³ Juan Pablo Estrada Sánchez Contratación estatal: ¿reina la incertidumbre?

mayor presencia del capital privado en la gestión pública sino también en una profunda transformación de la manera de concebir esta participación.

La influencia de la mundialización y los contratos en la administración en la economía impuso una apertura en los contratos de administración, a partir de los años 90 se constatan las dificultades de una visión estrictamente nacional del contrato. De manera general, y no sólo en el sector público y en el país, la doctrina veía “el contrato atacado en su existencia misma” por las nuevas y contradictorias teorías, fruto de la influencia de doctrinas económicas y políticas. Este sentimiento de efervescencia y de circulación de ideas se ha acentuado con la mundialización que impone modelos económicos bajo la batuta de la doctrina neoliberal. A nivel mundial, con acuerdos como el GAT-contratos públicos (GPA) del 15 de abril de 1994, a nivel Europeo, la lógica liberal y concurrencial influye profundamente sobre las tradiciones jurídicas nacionales, a tal punto que, aun en Francia, en donde la tradición jurídica desarrolló con mayor fuerza la doctrina del contrato administrativo, los autores se preguntan si las directivas de la Unión Europea no están dando origen al nacimiento de una noción única de contratos públicos.⁴

Se observa entonces que esta corriente generalizada afecta la manera de concebir la administración pública en la medida en que es percibida como un servicio, sujeta como cualquier otro a los imperativos y exigencias económicas, que imponen una lógica de productividad y eficacia. La evaluación de la gestión pública, rechazada conceptualmente hace unos años con el argumento de la imposibilidad de medir la rentabilidad pública, se torna indispensable, no sólo por la búsqueda de una mejor calidad del servicio, sino también, y tal vez sobre todo, como una medida de sobrevivencia institucional en un mundo sujeto a la competencia. Es así como la administración debe racionalizar sus gastos y rentabilizar sus servicios, debe transformarse y modernizarse para responder a los

⁴ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Angel. La Contratación de las Entidades Estatales, Tesis, 2002.

desafíos actuales, porque “los países que mejor logren transformar las instituciones públicas tendrán las mejores condiciones para lograr su desarrollo”.⁵

En lo que se refiere a la eficacia administrativa en una obligación constitucional, la Constitución de 1991 introdujo ciertas exigencias de la función administrativa en este sentido a las reglas tradicionales que imponen una gestión imparcial, igualitaria, moral en aras del interés general, la Carta agregó los deberes de eficacia, económica medios, celeridad y publicidad.⁶

Se puede ver entonces que el art. incluye el novedoso concepto de colaboración entre el Estado y sus contratistas privados ya que estos les impone cargas y obligaciones en la medida en que los señala como colaboradores del Estado en el logro de sus fines y determina que cumplen una función social que es adicional a su interés en percibir utilidades.

El régimen contractual de la administración pública ha sido observada como un objeto de reglamentación legal, a diferencia del régimen francés, ampliamente jurisprudencial. Por lo tanto, pese a la importancia de la jurisprudencia, es en la Ley 80 donde debe buscarse el fundamento de la responsabilidad contractual sin culpa o falla del servicio. Resulta esencial realizar un estudio sistemático de sus artículos sobre la materia, según el espíritu general de la ley.

Los artículos 3º y 27 establecen el principio de la ecuación de las prestaciones contractuales según una concepción más igualitaria del contrato estatal, con relación al contrato administrativo clásico.

⁵ M. CROIZIER. Estado moderno. París, Fayard, 1990, p. 73.

⁶ Artículo 209. C.P. “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

“Artículo 3º. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, 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 ellas en la consecución de dichos fines.

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.

Artículo 27. 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 imputables a quien resulte afectado, las partes aportarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 215. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.”⁷

En esta concepción de la causa contractual, la causa de la obligación de un contratante es el cumplimiento de la obligación de su co-contratante y viceversa. El artículo 3º enuncia, como lo explica el Consejo de Estado, que los intereses principales de cada una de las partes del contrato estatal no son equivalentes. Pero la tendencia a la aproximación de las partes así como su colaboración recíproca obligan al mismo tiempo a que cada una tenga en cuenta el interés de la

⁷ LEY 80 DE 1993 (octubre 28) por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública EL CONGRESO DE COLOMBIA, 1993.

otra. Así, la administración debe garantizar los intereses del contratista y éste ha de tener en cuenta su condición de colaborador con la administración.

El artículo 3º no determina los derechos de las partes en caso de variación de las condiciones contractuales, como si lo hace el artículo 27. Sin embargo, este último no consagra una ayuda especial al contratista, originada en el espíritu de solidaridad de la administración para con el por los sacrificios especiales que debe asumir en la ejecución del contrato, como se ha visto que ocurre en el derecho francés, sino la conservación aritmética de las condiciones contractuales iniciales que pueden variar no solamente contra los intereses del contratista, sino también contra los de la entidad contratante.

Se puede ver entonces como la Ley 80 ha establecido el principio de la intangibilidad del precio del contrato a favor de las dos partes, y no sólo a favor del contratista. La doctrina resalta la originalidad del contrato estatal en el derecho del contratista a la intangibilidad de su remuneración, consagrada de manera positiva por el numeral 1 del artículo 5º de la Ley 80 que establece que el derecho del contratista "a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato". Sin embargo es indispensable recordar que la misma Ley consagró igual derecho a la entidad contratante, quien puede lograr "la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato" (num. 3º art, 4º y art. 27 Ley 80 de 1993).

1.1 PRERROGATIVAS CONTRACTUALES DEL PODER PÚBLICO

La segunda posibilidad de modificación de la ecuación contractual imputable a la administración contratante es el ejercicio lícito de las prerrogativas de poder público. Si los perjuicios causados al contratista son la consecuencia del ejercicio de las competencias contractuales excepcionales de las que dispone la entidad contratante (interpretación, modificación y terminación unilateral), el artículo 14 de

la Ley prevé que “deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste a las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”⁸. Sin embargo, es importante centrarse en el problema señalado en determinar la manera de restablecer el equilibrio inicial.

En la modificación unilateral, el caso más simple es el pago del aumento de las prestaciones en los contratos a precios unitarios, por cuanto el mismo contrato brinda los parámetros para hacerlo. En realidad, como lo ha afirmado en repetidas ocasiones la jurisprudencia, en estos eventos se está frente a una verdadera modificación del contrato. El precio del contrato no está definido desde el comienzo. Tan sólo lo están los precios unitarios de tal suerte que hay que esperar el final de la ejecución para poder calcular el número de unidades efectivamente ejecutadas y determinar el valor final del contrato, sin que la modificación de las cantidades iniciales pueda ser considerada como modificación del objetivo contractual.

En este evento, las condiciones iniciales del contrato permiten conservar la ecuación definida pese a la ampliación de las prestaciones del contratista.

Por el contrario, si la modificación consiste en nuevas prestaciones no previstas en la licitación, o en los términos de referencia, la administración tendrá el poder de fijar unilateralmente su valor, si no llega a un acuerdo con el contratista, restableciendo así la ecuación contractual sobre bases por completo, ajenas a las condiciones iniciales. El cálculo de la indemnización a que tiene derecho el contratista no encontrará fundamento en la ecuación inicial sino en factores ajenos a los términos contractuales, tales como las condiciones del mercado, que serán definidos en última instancia por la entidad contratante de manera unilateral.

⁸ CEC. Sección Tercera – 6 de septiembre de 1995. Samuel Reales Ortiz. Compensaciones de la ruptura del equilibrio financiero del contrato, en estudios de Profundización en contratación estatal, p. 237.

Finalmente se puede ver que la lógica contractualista reforzada por la Ley 80 se inspira en dos valores del derecho privado, la autonomía de la voluntad y la mayor igualdad jurídica de las partes, estas dos nociones aportan al contrato estatal las bases conceptuales para una relación jurídica más próxima al derecho privado.

Sin embargo, es necesario precisar la amplitud de estas nociones para deducir de ellas, las consecuencias sobre el contrato estatal, así resulta fundamental recordar que la autonomía de la voluntad está profundamente enmarcada en el derecho privado contemporáneo y que este principio no se opone, hoy, pese a sus diferencias a la noción de competencia administrativa. El derecho positivo y la evolución jurisprudencial muestran, en efecto, una intención de reconocer mayor libertad a la administración contratante para que pueda cumplir mejor sus tareas y lograr las finalidades impuestas por la ley.

La concepción de una administración más autónoma, más libre, menos reglamentada, conlleva una modificación de sus relaciones con los contratistas. Al aproximarse a la autonomía de los empresarios privados, la administración ve restringido el tratamiento jurídico especial que se le había acordado en el contrato administrativo clásico. Pero los contratantes, a su turno, pierden ciertas protecciones particulares. Las relaciones más igualitarias conllevan un riesgo más grande para ellos. La noción particular más igualitarias conllevan un riesgo más para ellos. La noción particular de la ecuación contractuales introducidas por la ley 80 en la consecuencia de esta transformación.

Es por esto que hay que tener en cuenta la calra concepción de que si en el equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad contratante, el restablecimiento abarca todos los componentes de la ecuación financiera inicial lo que permite afirmar que en este caso se debe indemnizar también las utilidades no recibidas y hasta la pérdida total de la oportunidad que se direccionó con la contratación estatal..

Por otro lado, hay que anotar que este punto ha generado grandes debates y que aún no se le ha dado una salida más efectiva para su aporte y su carácter jurídico, por lo cual han sido los arbitros o especialistas en este campo deben de alguna manera determinar el alcance de la indemnización, teniendo en cuenta para ello los principios generales de la responsabilidad que indican que daños son indemnizables y el alcance de esta indemnización en este contexto.

1.2 PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Como se ha tratado de explicar y analizar en torno a las exigencias concebidas mediante la Ley 80, y teniendo en cuenta que sus concepciones se han convertido en una norma procedimental, también es una norma de principios y pautas encaminada a orientar a los participantes en la actividad contractual bien sean proponentes o partes del contrato, y sobre todo canalizar las diferentes garantías que se pueden manifestar a lo largo de este proceso.

Es por esto, que esta ley en general ha pretendido desarrollar los principales principios de la función administrativa, los cuales se encuentran señalados por el art. 209 C.P. y los mencionados por el propio C.C.A., los cuales en general los de igualdad; moralidad; eficacia; economía; celeridad; imparcialidad; y publicidad, sobre todo en particular para la Ley 80, a continuación se realizará un análisis esencial y básico de los principales principios, anticipando los aportes y conceptos que ellos han manejado durante los últimos años en la contratación Estatal en Colombia, con sus diferentes mecanismos de aplicación y direccionamiento específico.

1.2.1 Principio de Transparencia (art. 24 Ley 80). Este principio, dentro de su contexto ha buscado garantizar la imparcialidad, al igualdad de oportunidades y la escogencia objetiva de los contratistas, en las dos modalidades de contratación:

Directa o por Licitación Pública, sobre todo en diferenciar los diferentes elementos que entran en un consenso o en una participación.

Esto implica que los interesados (no solo los participantes) tienen la oportunidad de reconocer y a la vez controvertir los diferentes informes, conceptos y decisiones que se rindan, para lo cual se deben establecer etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. (art. 24 num. 2).

1.2.2 Principio de Responsabilidad por riesgos imprevistos. El Consejo de Estado enunció el principio según el cual todo riesgo imprevisto al momento de celebrar el contrato debe ser integralmente soportado por la entidad estatal contratante. Algunos autores consideran que tal principio se apoya sobre las normas constitucionales. El Consejo de Estado confirma implícitamente esta concepción a través del análisis de los intereses divergentes de las partes en el contrato estatal.

Para autores como Eduardo Gil, el ha identificado varios principios constitucionales que le permiten afirmar la existencia de una responsabilidad extendida de la administración.

Responsabilidad Objetiva del Artículo 90. El primer apoyo constitucional en el artículo 90 de la Carta sobre la responsabilidad administrativa, para este autor, al establecer el principio de la responsabilidad fundado sobre el daño antijurídico el artículo 90 expresa lo siguiente :

....consagra un sistema objetivo de responsabilidad civil en el que el elemento central es el daño, conforme al principio de la garantía de la integridad del

patrimonio de los particulares, que orienta toda la configuración técnica del instituto resarcitorio". (...) ⁹

Esta garantía patrimonial de los administrados, pilar básico del ordenamiento jurídico, obra en toda su extensión frente a la actuación administrativa, sin importar que ésta sea lícita o ilícita, normal o anormal, legítima o ilegítima, así se trate de un hecho o actividad material, o de un acto administrativo formal, o del incumplimiento de una obligación administrativa.

1.2.3 Principio de protección de la propiedad privada. Además, la garantía patrimonial, verdadero fundamento del sistema unitario de la responsabilidad administrativa, sería protegida por el artículo 58 de la Constitución según el cual el Estado garantiza "la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores"-. ¹⁰

1.3.4 Principio de Responsabilidad. Con estos argumentos, el mismo autor, concluye que todos los riesgos imprevistos, que denomina externos, deben ser soportados por la entidad contratante. Por consiguiente, el contratista sólo tiene la carga de asumir los riesgos de la empresa, es decir, aquellos inherentes a la actividad, previstos al momento de contratar, tales como la inflación normal, las dificultades comunes al terreno o las condiciones técnicas del mismo, o bien los riesgos del caso-fortuito, concebidos bajo la noción civilista, como los inherentes a la empresa: así los accidentes de trabajo o los defectos de los equipos que le pertenecen.

⁹ ESCOGAR GIL, Teoría General, p. 518. En el mismo sentido, Wriener Ariza Moreno, "Fraccionamiento de los contratos estatales, contratos adicionales, actualización y revisiones contractuales". En Estudio de profundización en contratación estatal, p. 329.

¹⁰ Ibid.

De acuerdo a lo analizado anteriormente, valdría la pena criticar al principio de responsabilidad de los riesgos imprevistos, en donde no se puede compartir ciertas conclusiones, primero porque ni las misiones generales de las autoridades (Art. 2º de la C.N.), ni la garantía del derecho de propiedad (art. 38) pueden ser interpretados como aceptación de riesgos de las actividades comerciales por parte del Estado. Tales como la obligación del Estado a responder por todos los daños que sufren los particulares, por cuanto el desconocimiento de la propiedad privada o de otros derechos puede tener por origen el comportamiento de otros particulares. Además, se ha podido observar que la Corte Constitucional ha explicado que la antijuridicidad del perjuicio del artículo 90 de la Carta constituye un principio general de la responsabilidad de la administración que incluye tanto la responsabilidad sin falta como la responsabilidad sobre la base de la culpa o falla del servicio. En fin la responsabilidad sin falta no absorbe la fuerza mayor que es eximente de responsabilidad en todos los sistemas de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre el hecho o dañoso y el perjuicio

Bajo estas condiciones, como lo ha repetido la Corte Constitucional, pese a que el artículo 90 de la Carta consagra una fuente genérica de la responsabilidad administrativa, los regímenes jurídicos de ésta no son del orden constitucional sino legal. Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado confirma la opinión del autor Escobar Gil, a través del análisis de los intereses de las partes contractuales.

1.2.4 Principio de la Buena Fe. En lo relacionado con este principio básicamente se plasman las ideas de que es la creencia de estar actuando conforme a la ley, y que la conducta que corresponde a la otra persona, la asume también dentro de ese marco. La buena fe generaliza la relación jurídica del tono moral y ético que hacen que la actuación del sujeto y la prestación a su cargo, se cumpla no sólo en lo que aparenta la expresión escrita de su obligación, sino en lo que intrínsecamente implica su ejecución. Supone entonces, la lealtad de los sujetos en sus relaciones, el observar una conducta ejemplar frente al otro

obligado, pues implica dicho concepto, el que me comporte en mis obligaciones, como deseo que el otro lo haga frente a mí, lo que supone honestidad de comportamiento y ánimo de cooperación recíproca de las partes.

“El principio general de la buena fe tiene una extraordinaria importancia en los contratos administrativos, principalmente por dos razones: la primera de ellas consiste en que constituye un límite a la supremacía jurídica de la administración pública en garantía de la posición patrimonial del contratista, puesto que le señala unas reglas de conducta para el ejercicio de los derechos y de las potestades exorbitantes (terminación, modificación, interpretación unilateral, etc.) y el cumplimiento de las obligaciones; la segunda estriba en que contribuya a elevar el tono moral de la gestión contractual pública y a humanizar las relaciones entre las Entidades Públicas y los contratistas. La bona fides es el fundamento, orienta la labor interpretadora y preside la integración normativa de los contratos del Estado”.¹¹

La buena fe no sólo es un principio general del derecho que inspira todo el ordenamiento jurídico, sino que el estatuto contractual quiso hacerlo viviente en el comportamiento de la Entidad y del particular, cuando entran en contacto para realizar la actividad contractual.

1.2.5 Principio de Economía (art. 25 Ley 80). De acuerdo con este principio lo que se pretende en su contexto es suprimir tramites, requisitos y autorizaciones

¹¹ DAVILA VINUENZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación Crítica de la Ley 80 de 1993. Editorial Legis, Primera Edición, 2001. Bogotá.

innecesarias que demoran y entorpecen los procesos de contratación. Por ende en la contratación se imponen criterios de celeridad y diligencia para llevar a cabo cualquier procedimiento y adoptar una decisión. Este principio contempla:

Solo se establecerán los procedimientos estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable (num. 1).

Interpretación restrictiva de las normas de tramite (num. 2).

Se puede ver en este principio que las reglas contenidas y los procedimientos, estos existen en cuanto pretendan asegurar el cumplimiento de los fines estatales generales y la a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados (num. 3).

Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato (num. 4).

La rápida solución a las diferencias y controversias -llamamiento a incorporar metodos alternativos de solución de controversias como el arbitraje o la amigable composición- (num. 5).

En este contexto llama la atención de que la interpretación que se le ha dado en la nueva filosofía se fundamenta en la concepción de que según la cual los hombres nacen libres e iguales en derechos, estos derechos naturales que preceden al Estado son sagrados y deben ser respetados por el derecho. Los derechos subjetivos, así concebidos como poder, no encuentran su fundamento en el derecho objetivo sino en la naturaleza autónoma del hombre. Es por ello, que los compromisos contractuales deben estar basados en la libertad de los contratantes, si la libertad y la igualdad constituyen derechos anteriores, es entonces que en los fundamentos económicos el liberalismo encuentra en la libertad económica el fundamento del equilibrio. Sólo la libertad de intercambios comerciales permite la justicia económica. Sólo en un clima de libertad las leyes de la oferta y la demanda pueden encontrar el equilibrio natural. La mano invisible de Adam Smith, por así decirlo ha permitido regular el mercado. El contrato es así visto

como el medio por excelencia de la protección de los intereses individuales. El choque de los egoísmos individuales a través del contrato ha producido no solamente el máximo de riquezas sino también orden, satisfacción y la misma armonía social en todo su contexto.

2. REVISIÓN DE LOS PRECIOS COMO MECANISMO EMPLEADO PARA RESTABLECER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL CONTRATO.

La revisión de precios se puede entender como un mecanismo de ajuste del precio del contrato en la contratación estatal, y que se encuentra incorporado al mismo modo de cláusula de estabilización que, en cuanto tal, fija una previsión para atender a la revolución futura de unos costes estimados en un momento precedente.¹²

Esta figura constituye una excepción a los principios de precio cierto, legalidad material presupuestaria, inmutabilidad del contrato, lex inter partes, y riesgo y ventura, y su fundamento se basa en la intención de mantener el equilibrio económico financiero y evitar el perjuicio que le ocasionaba a la administración el abandono masivo por los contratistas de las obras ante el alza de los precios de materiales y jornales.

Pero estas finalidades de la revisión de precios son dejadas a un lado en múltiples ocasiones para entrar en una figura utilizada para hacer en cierta medida algún tipo de fraude en la licitación, pues como sucede con la modificación unilateral, la revisión de precios ha sido empleada para que ofertas artificialmente bajas sean luego actualizadas a los costos reales, afectando claramente el principio de libre concurrencia.

¹² CORDOBA CASTROVERDE. La revisión de precios. Contratación Administrativa. Cuadernos de Derecho Judicial. Escuela Judicial de Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 253.

La autonomía de la voluntad se manifiesta en los principios contractuales fundamentales, es decir, la libertad contractual, la fuerza obligatoria del contrato y sus efectos relativos.

La libertad contractual consagra el derecho de los individuos a celebrar los contratos que deseen, nadie está obligado a celebrar un contrato que no quiere. Cada uno conserva el derecho de rechazar cualquier contrato, y por el contrario, puede realizar todos los contratos que juzga útiles.

Esta libertad comprende también el derecho de escoger el contrato que mejor se adapta a sus necesidades y a introducirse todas las cláusulas necesarias para lograr la expresión óptima de sus intereses particulares. Las normas contractuales tienen entonces un carácter fundamentalmente supletivo, y la imaginación de las partes tan sólo encuentra límite en las disposiciones imperativas.

La libertad contractual encuentra un contrapeso en la fuerza obligatoria del contrato, si bien nadie obliga a las partes a contratar o a introducir cláusulas particulares, una vez suscrito el contrato éstas deben respetarlo. Es la fórmula consagrada en el artículo 1602 del Código Civil según la cual "todo contrato (...) es una ley para los contratantes..." Y es precisamente en este artículo en el que la doctrina encontró la consagración positiva de la autonomía de la voluntad. En efecto, el empleo de la palabra ley para designar la fuerza de las convenciones permitió explicar que el acuerdo de voluntades constituía la fuerza obligatoria del contrato. Al ejercer su voluntad de manera autónoma, e incluso soberana, las partes tendrían un comportamiento y poder de legisladores frente a la relación regida por el contrato.

Es por esto que los contratos deben ejecutarse según sus cláusulas. El acuerdo de voluntades determina las obligaciones de las partes, a las que sólo hay que agregar las que naturalmente se derivan del tipo de contrato establecido, según las normas legales que lo regulan de manera subsidiaria. Así se precisa

claramente lo que cada parte debe hacer y cómo debe hacerlo. Todo parece indicar que bien previsto desde el comienzo, antes de que las partes inicien la ejecución de sus prestaciones, de tal suerte que si una de ellas no cumple con lo prometido debe reparar integralmente los perjuicios que este comportamiento causa a la otra (responsabilidad por culpa), o bien justificar su actitud aportando la prueba de una causa extraña que no le es imputable, y que imposibilita el cumplimiento (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o incumplimiento previo de su co-contratante).

En el equilibrio financiero del contrato, en realidad la lógica de las teorías se apoya en las condiciones de ejecución del contrato administrativo. Con esta observación se buscó el fundamento del equilibrio financiero del contrato. Según autores como De Sotto, lo explica de la siguiente manera : “Se presume que las obligaciones de las partes han sido calculadas de tal suerte que reflejan un equilibrio desde el punto de vista financiero, y el juez del contrato deberá esforzarse por mantener este equilibrio cualquiera sea su costo. Las prestaciones de los contratantes están correlacionadas entre sí de tal suerte que si las de uno aumentan o disminuyen es necesario, de conformidad con la equidad, la finalidad del contrato (y con la común intención de las mismas partes) que las del otro vayan en el mismo sentido”.¹³

Si el equilibrio inicial entre las prestaciones contractuales se modifica por un acto de la administración o por circunstancias ajenas a las partes, y si el contratista está obligado a continuar la ejecución del contrato por el interés general implícito en él, es necesario adaptar las prestaciones a estas circunstancias, lo que conduce al reconocimiento de indemnización a favor del contratista.

Existen también otra manifestación de la común intención de las partes, como lo tiene un valor relativo que obliga a su prudente aplicación porque puede convertirse en una máxima sin contenido práctico que justifique soluciones

¹³ M. SOTTO. Nota sobre la publicación de la contratación y su equilibrio financiero. Cons. De Sentencia 24 de diciembre de 9140, D.C, 1942, Jurisdicción p. 111, citado por BADAOU, Op.Cit., p. 130 .

contradictorias y sobre todo ajenas a los fundamentos de las decisiones del Consejo de Estado.

En realidad, pese a su enunciado seductor, se trata de una variante de la común intención de las partes, en cuanto se apoya en la lógica de un contrato regido íntegramente por las estipulaciones iniciales. Con esto es importante precisar entonces que el rompimiento de la ecuación económica en el contrato estatal que obviamente en estos momentos es el de mayor número de controversias despertadas a través entre el Estado y sus contratistas, y que de acuerdo con lo preceptuado por la Ley 80 de 1993, en sus derechos del contratista se encuentra el mismo restablecimiento de la ecuación económica y financiera del contrato, cuando ésta se viera alterada sin que el particular se encuentre en la obligación jurídica de soportar sus efectos. No obstante, el mal uso y muchas veces se ha llegado hasta el abuso, que de él se ha hecho, ha creado que las entidades estatales vean con cierto recelo su aplicación, y por ende llevarlo a un consenso que podría generar más tarde una serie de dispuestas en su acrecentado discurso y aplicabilidad en el contexto del Derecho Administrativo.

De acuerdo con lo anterior, se puede observar la necesidad de darle una cierta importancia y las bondades que implican la existencia de un equilibrio económico y financiero al momento de contratar, tema que se desarrolla en este capítulo, sino del mantenimiento de las condiciones económicas equitativas pactadas y que si bien se puede variar a lo largo de la ejecución de la contratación, estas partes no pueden variar en la ejecución del contrato.

Anotadas las anteriores características, el equilibrio económico es importante y esencial en la contratación estatal, claramente se expresa que este concepto prácticamente está bajo una proporción equitativa entre los valores y los objetos en los hechos debidos, o sea para efectos de este entendimiento en este contexto, el contrato estatal el equilibrio económico tiene su cimiento en los principios

generales de los contratos, y sobre todo en su máxima consideración en la conmutatividad la cual es una característica esencial en los mismos contratos estatales.

Convirtiéndose entonces con esto que la ecuación económica se encuentra referenciada en el mantenimiento de las condiciones del tiempo, modo y lugar, los costos, etc., que se encuentran en estrecho vínculo con la correcta y oportuna ejecución del contrato en los términos que se haya estipulado en el entorno de la expectativa de utilidad que el contrato representa para él, lo que se afirma que constituye una causa que lo conlleva a contratar con el Estado.

En el contexto de este orden de ideas el equilibrio económico del contrato, y una actividad contractual del Estado es esencial tener presente la actividad administrativa, en su moralidad, legalidad y la igualdad administrativa, lo que obliga a la administración a mantener el derecho del contratista dándole un especial carácter de concepto en el orden público, que por definición no se pueden admitir los pactos en contrario, como se ha analizado en párrafos anteriores.

Es por esto que el restablecimiento del equilibrio económico en un contrato estatal, se ha constituido en el pacto contractual y un mandato legal que puede ser aplicado a cualquier modalidad en este mismo contexto.

Es por esto que la revisión de los precios opera a través de diferentes mecanismos, los cuales son la revisión de tarifas, otorgamientos de una subvención o aumento de la que inicialmente se otorga, o a cualquier otra para darle compensación económica. De esta manera es evidente que de alguna manera que esta revisión de precios pueda convertirse en una excusa para darle un trato preferencial y desviado a los contratistas, y por ello la obligación de mantener un equilibrio financiero que puede depender única y exclusivamente en

los casos de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que puedan generar una verdadera subversión de la economía en la concesión, situación que solo puede verificarse a través de un procedimiento especial que está disponible para tal efecto, esto es lo que genera el hecho del príncipe, sin volver sobre el análisis de la concepción del hecho del príncipe que según los términos de la ley, del que es importante tener en cuenta, tradicionalmente el Consejo de Estado ha adoptado una concepción amplia de la teoría frente a la noción francesa.

Pero las decisiones recientes parecen revelar una tendencia hacia la noción francesa, en torno a lo que se refiere el *lato sensu*, es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, como sería, entre otros, el conocido doctrinariamente como hecho del príncipe y determinante del área administrativo. Hecho siempre de carácter general, que puede emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado. Si el hecho es de carácter particular y emana de la entidad pública contratante, su manejo debe enfocarse en función de la responsabilidad contractual y no en razón de la teoría indicada.

Aterrizando el tema de este capítulo, en la revisión de los precios, hay que tener en cuenta que estos han sido concebidos como un elemento de restablecimiento en la ecuación económica en la contratación estatal, y que para lograr hacerlos extensivos a todos los demás requerimientos, su fundamento se encuentra soslayado en rol que sume el mismo contratista al momento de proporcionar al Estado la consecución de todos sus fines, obviamente visto de una perspectiva en el campo de la Administración Pública que ha sido reconocida como una meta para lograr sus cometidos y que resulta más viable el identificar al contratista en el derecho a reclamar por el incremento de los costos de sus servicios que llevan al rompimiento de la ecuación económica y financiera del contrato en toda su esencial, porque de alguna u otra manera no se encuentra facultado para hacer valer sus responsabilidades y su cargo, o quizá por cumplirlas de manera

defectuosa con materiales de mala calidad y/o personal especializado. Es por esto y vale la pena caer en la redundancia que la revisión de los precios se ha convertido en un principio que se encuentra vinculado a un mecanismo de restablecimiento de la ecuación económica para lograr extenderse a los objetivos y fines de los contratos estatales.

Es así como la revisión de precios es la preservación del valor real de la remuneración pactada en el mismo contrato a favor del contratista, y que ésta debe mantener la ecuación económica y financiera del contrato, o en palabras del Consejo de Estado "por razones de justicia, que se mantenga en todo momento el equilibrio obligacional para que el acto jurídico que surgió conmutativo no deje de serlo en ningún momento."¹⁴

Por otro lado, se puede ver entonces que a través del contexto histórico que ha tenido en diferentes sentencias de la Sección Tercera, el Consejo de Estado ha consolidado una línea jurisprudencial que ha buscado darle a los contratistas facultades para exigir una serie de renegociación de los precios de los contratos pactados con la modalidad de precios unitarios, y que estos al momento que sea necesario suscribir un contrato de adición al valor e incluso reconociéndole el derecho a negarse a firmar dichos contratos adicionales en caso de no llegarse a un acuerdo que le resulte conveniente.

Y a raíz de la conceptualización que se le han dado a estos pronunciamientos se han generado algunas demandas en las cuales se debatía la posibilidad de obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato a raíz de la expedición de las normas que crearon el "impuesto de guerra".

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 1985, Expediente 3916, M.P. Doctor Julio Cesar Uribe Acosta

Las múltiples demandas presentadas bajo el supuesto de que en contratos celebrados bajo la modalidad de precios unitarios, los contratistas firmaron contratos adicionales para incorporar nuevos recursos al contrato en vista de que los recursos originales se habían agotado. Los que conocen el funcionamiento práctico de la contratación estatal, se sabe que en estos casos las entidades públicas no permiten la renegociación de precios, pues parten del supuesto de que los precios unitarios quedaron previamente definidos cuando se presentó la propuesta y que por tanto no pueden ser modificados por el simple hecho de haberse presentado mayores cantidades de obra. En la práctica se ha entendido también que si la finalidad del contrato es lograr el pleno desarrollo del objeto del contrato, el contratista no podría negarse a firmar el contrato de adición para incorporar nuevos recursos pues es indispensable para poder cumplir con el objeto del contrato.

El Consejo de Estado ha tenido en cuenta al momento de tomar sus decisiones una sentencia de la Corte Constitucional en la cual había expresado que "el contrato adicional si bien es cierto que se refiere a un objeto predeterminado entre la Administración y el contratista, tiene autonomía en cuanto a la determinación de "plazos" y "valor" del pago". Estas nuevas realidades contractuales se fijan de común acuerdo entre las partes conforme a lo previsto en el artículo 58 del Decreto 222/83".

Es de anotar que dada la "celeridad" del Consejo de Estado, apenas ahora (casi 20 años después de haberse derogado el decreto 222 de 1983), se están resolviendo los conflictos que surgieron bajo la vigencia del antiguo estatuto contractual de las entidades estatales.

Agrega el Consejo de Estado que "de aquí se desprende la autonomía de los contratos adicionales, a los que la Corte Constitucional califica de nuevas realidades contractuales (en cursiva en el original), que se definen por el mutuo

acuerdo, y ello es así si se tiene en cuenta que es la voluntad de las partes la creadora de esos nuevos derechos y obligaciones recíprocas".

El Consejo de Estado concluye más adelante que no existe obligación legal para el contratista de suscribir contratos adicionales para incrementar el valor inicialmente estimado en el contrato principal e igualmente reconoce que "si el equilibrio económico del contrato puede lograrse a través de la revisión de precios o ajuste de los mismos, pudo también la sociedad contratista acudir a ese mecanismo, en la medida que los precios inicialmente convenidos hubieran resultado insuficientes para cumplir cabalmente con la ejecución del contrato y haber demostrado el detrimento de la remuneración pactada que alega".¹⁵

Según lo anterior, si al momento de agotarse el valor inicialmente pactado, han cambiado las condiciones vigentes al momento de presentar la propuesta de tal manera que los precios propuestos no resultan adecuados, el contratista tiene derecho a exigir la revisión de los precios y adicionalmente podría negarse a firmar el contrato de adición si las nuevas condiciones no le satisfacen puesto que no existe obligación legal de suscribir la adición.

Para que no quede duda de que esta fue la posición asumida por el Consejo de Estado, más adelante expresa lo siguiente:

"Ahora, si bien en la cláusula 4 del contrato principal se dispuso que los contratos adicionales deben mantener el precio unitario del contrato inicial, lo cierto es que el contratista no se obligó a celebrarlo; es decir, no asumió la carga de ejecutar las actividades adicionales, por el sólo hecho de que surgieran, sino que se requería de la suscripción de un contrato, que bien podría no celebrarse... Sencillamente, al

¹⁵ Consejo de Estado da vía libre a la renegociación de precios en las adiciones a contratos a precios unitarios

contratista, sino le interesaba el precio del contrato adicional, podía negarse a contratar las mayores cantidades de obra".

La posición sentada por el Consejo de Estado ofrece al contratista una importante ventaja frente a la entidad estatal pues si las condiciones propuestas por la entidad para la adición del contrato no le resultan convenientes, bien puede negarse a firmarlo, lo que pone a la entidad estatal en una difícil situación pues se verá en la necesidad, en caso de no lograrse un acuerdo con el contratista, de dar por terminado el contrato por agotamiento del precio pactado y abrir entonces un nuevo proceso de selección para terminar el objeto contratado.

No deja de ser desafortunado que el Consejo de Estado haya abandonado la jurisprudencia anteriormente vigente y que había sido recogida en el conocido concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil con ponencia de la magistrada Susana Montes en la cual se había definido que en los contratos pactados a precios unitarios no era necesaria la suscripción de contratos adicionales cuando surgieran mayores cantidades de obra pues el valor inicial era una mera estimación y el valor real dependía de las verdaderas cantidades de obra encontradas, de tal manera que para continuar con la ejecución del contrato bastaba con un movimiento presupuestal interno para inyectarle recursos al proyecto. Esta posición, diseñada con gran rigor académico, técnico y jurídico, garantizaba la ejecución plena del objeto del contrato pues el contratista no podría negarse a continuar ejecutándolo ya que no dependía de su voluntad firmar un contrato adicional para apropiarse recursos nuevos. Estos debían ser apropiados por la entidad a través de operaciones presupuestales.

3. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE HAN PRESENTADO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN LA CORTE CONSTITUCIONAL

Ma65 Sentencia C-489/96

Referencia: Expediente D-1264

Actora: María Eryl García de Jaramillo

Magistrado Ponente:

Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

I. ANTECEDENTES.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de la acción pública de inconstitucionalidad, procede la Corte a decidir sobre las pretensiones de la demanda formulada por la ciudadana María Eryl García de Jaramillo, contra algunos apartes del ordinal 1o. del art. 8o. de la Ley 80 de 1993, afirmando su competencia en lo dispuesto por el art. 241-4 de la Constitución.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA.

Se transcribe a continuación, en lo pertinente la norma del art. 8o., de la ley 80 de 1993, destacando en negrilla los apartes acusados:

LEY 80 DE 1993

"Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública"

El Congreso de Colombia ,

DECRETA:

Artículo 8°. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.-

1° Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las Leyes.

b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

- d) Quienes en Sentencia Judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.
- e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
- f) Los servidores públicos.
- g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.
- h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.¹⁶

De acuerdo a la conceptualización en lo que representa los aspectos concebidos en la repercusión de las inhabilidades estas se han convertido en cierta medida un tipo de limitación para lograr que la capacidad para contratar con las entidades estatales y que de manera general se le pueda reconocer a las personas naturales y jurídicas, esto está enlazado en una falta de aptitud o carencia de cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia, aspectos estos últimos que han estado enmarcado durante los últimos años en Colombia, y que los diferentes mecanismos que se

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia C-489/96 Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

han formulado frente a las inhabilidades, pero es necesario darle un sentido de carácter jurídico.

Es por esto que la existencia de la consagración en torno a las inhabilidades e incompatibilidades obedecen unas, primordialmente a razones éticas, y por otro lado se vinculan con la efectividad llegando así hasta la imparcialidad administrativa, porque lo que se pretende busca es asegurar una adecuada selección del contratista, que redunde en beneficio de los fines de interés público o social insitos en la contratación.

Se ha observado, dentro de este contexto que las inhabilidades e incompatibilidades le han dado una cierta obediencia a las finalidades diferentes en torno al interés público, se encuentran en su rango de posiciones al logro de la imparcialidad, en la efectividad y la moralidad en las operaciones contractuales, éstas no se pueden identificarse ni asimilarse a las penas que imponen por la comisión de un ilícito, con los fines, entre otros, de retribuir a la sociedad el perjuicio causado por la conducta que afecta un bien jurídico superior o fundamental para ésta. Las inhabilidades e incompatibilidades, constituyen prohibiciones que restringen la capacidad y la libertad de un contratista para acceder a la contratación, pero no consagran una modalidad adicional de sanción penal a las previstas en el Código de la materia.

CORTE CONSTITUCIONAL:

Sentencia C-712-2005, Julio 6 Referencia: expediente D-5523 Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 32 de la Ley 446 de 1998

Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Presidente JAIME ARAUJO RENTERÍA Magistrado

CORTE CONSTITUCIONAL:

Sentencia C-712-2005, Julio 6 Referencia: expediente D-5523 Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, por la cual “se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”. Actor: Álvaro Benito Escobar Henríquez Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa Bogotá, D.C., seis (06) de julio de dos mil cinco (2005) La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y de los trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Álvaro Benito Escobar Henríquez demandó el inciso segundo (parcial) del artículo 32 de la Ley 446 de 1998. Mediante Auto del quince (15) de diciembre de dos mil cuatro (2004), el Magistrado Sustanciador admitió la demanda. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, demandado parcialmente en el presente proceso, y se subrayan los apartes acusados: “LEY 446 DE 1998 (julio 7) Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del

Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia" Artículo 32. De las controversias contractuales. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

"Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato. El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación

del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil."¹⁷

En lo que concierne a este contexto, se puede observar que la Corte ha determinado en sus apreciaciones que si el hecho de que la posibilidad de interponer las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento contra los actos precontractuales deje de operar con la celebración del contrato, implica una violación del derecho al debido proceso en la medida en que el acto de suscripción del contrato es, según alega el actor, desconocido para los interesados. Sobre este particular, comparte la Corte las apreciaciones del Procurador General de la Nación cuando afirma que no asiste razón al demandante, por cuanto el momento de la celebración del contrato, por disposición legal, debe especificarse en el pliego de condiciones o en los términos de referencia, que son de naturaleza pública, todo esto guardando los diferentes aportes y en los mecanismos que se han dispuesto en la Ley 80 y en lo dispuesto en el artículo 30, aclarándose con esto dándole un cierto privilegio jurídico en lo que se refiere a la fecha de celebración del contrato estatal y que en sus diferentes aplicaciones y de acuerdo con lo que ha afirmado el actor, sea cual sea el origen de su desconocimiento para todos los interesados salvo para las partes que lo suscriben, la base exponencial de este contrato es que vale la pena repetir que en lo contenido de la fecha de celebración del contrato éste debe estar claramente establecida en los términos de referencia, que son de público conocimiento por mandato del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y que cualquier prórroga introducida por el jefe o representante de la entidad contratante habrá de efectuarse mediante acto administrativo sujeto al principio de publicidad que ha de guiar la actividad administrativa por mandato constitucional (art. 209, C.P.).

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-712-2005, Julio 6 Referencia: expediente D-5523 Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 32 de la Ley 446 de 1998 Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Presidente JAIME ARAUJO RENTERÍA Magistrado

Finalmente en la decisión que se tuvo en cuenta por la Corte Constitucional le dio una solvencia a la sentencia C-1048 de 2001, en donde declaró exequibles las expresiones “Una vez celebrado éste” y “solamente” contenidas en el segundo inciso del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. Segundo.- Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, el aparte acusado del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, según fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

Corte Constitucional, SENTENCIA C-739 DE 2002, Septiembre 10

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil dos (2002).

Temas:

- Finalidades de la supresión de trámites innecesarios en el derecho colombiano
- Los contratos de prestación de servicios. Su finalidad y su celebración tanto por personas jurídicas como por personas naturales
- Irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social. Los principios de universalidad y solidaridad no resultan vulnerados con la norma acusada. El objeto del Decreto 2150 de 1995 es la supresión de trámites
- La seguridad social en Colombia

Referencia: expediente D-4037

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 114 (parcial) del Decreto Ley 2150 de 1995

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 5 de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA

Ver art. 114 Decreto Ley 2150 de 1995 , Ver Sentencia Corte Constitucional 314 de 2002

Actor: Juan Diego Buitrago Galindo

en relación con la demanda de inconstitucionalidad que, en uso de su derecho político, presentó el ciudadano Juan Diego Buitrago Galindo contra el artículo 114 (parcial) del Decreto Ley 2150 de 1995, "por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública", publicado en el Diario Oficial N° 42.137 del 6 de diciembre de 1995.

En este espacio de conceptualización a que se refiere la anterior sentencia, se evidencia en sus características masivas un aporte a darle una interpretación específica en cuanto a la acreditación de de afiliación a seguridad social, siendo este un requisito indispensable e importante y no era de aquellos que pudiera suprimir y reformar el Presidente de la República a través del aludido Decreto, en tanto que no entra dentro de la órbita de los trámites que quiso el legislador ordinario que fuesen suprimidos para agilizar y dar preeminencia al artículo 83 de la Carta Política. Afirma que el requisito consagrado en la Ley 100 de 1993 es un desarrollo del derecho a la seguridad social y del deber que tiene el Estado de protegerlo, y tal exigencia no era innecesaria ni estaba generando trabas en la administración, por el contrario "es un mecanismo para hacer cumplir el principio de la universalidad del sistema de seguridad social".

De otro lado, asevera que por la misma naturaleza del contrato de prestación de servicios, éste sólo es posible suscribirlo con personas naturales, pues su objeto es que la entidad contratante "pueda realizar la labor a ella encomendada cuando su personal de planta no pueda hacerlo o se requieran conocimientos especializados, sin que por ello se genere relación laboral alguna", y de ahí la exigencia hecha por la norma acusada y la no referencia a personas jurídicas ni a otros contratos.

Es así como la implementación de darle un espíritu de compromiso con la Corte de lograr determinar si de alguna manera se están vulnerar los derechos a la igualdad en cuanto la norma acusada sólo se refiere a los contratos de prestación de servicios y no a otro tipo de vinculación con el Estado, y si la alusión que hace a las personas naturales constituye una discriminación frente a las jurídicas.

A juicio personal la decisión de la Corte entró en un momento justo y ecuánime, porque le dio importancia a los principios fundamentales de las personas naturales y obviamente a las personas jurídicas en declarar exequible los diferentes mecanismos de intervención en la contratación estatal.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES

El régimen unitario de los contratos estatales anunciado por la Ley 80 se vio rápidamente desarticulado por el peso de las excepciones previstas por ella misma, y sobre todo por las leyes posteriores que acentuaron las tendencias neoliberales al afirmar la aplicación integral del derecho comercial y civil a múltiples contratos de las entidades públicas. La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado intentó dar coherencia a esta cacofonía legislativa, pero su análisis revela un resultado igualmente complejo al enunciar con firmeza los nuevos principios de la contratación contractual sin abandonar el trasfondo de la larga tradición del contrato administrativo clásico. Contrario a lo que se pudiera esperar, el resultado es un régimen confuso en el que abundan las contradicciones tanto legislativas como jurisprudenciales y la redefinición de los equilibrios contractuales es incierta. La recuperación de la lógica contractual no desembocó en el reforzamiento del derecho privado de los contratos estatales. La autonomía de la voluntad, enunciada por el legislador como idea clave que reconoce la teoría general del contrato privado aplicable a todo contrato de la administración, se reduce en realidad a una concepción más flexible de la competencia contractual administrativa de las entidades estatales. Pero la evolución del derecho positivo y de la jurisprudencia ilustra la desconfianza frente a la libertad reconocida al administrador público, y la práctica contractual hace evidentes los riesgos.

La tradición jurídica ligada a las reglas de comportamiento de los servidores públicos exigía bajo el antiguo estatuto contractual autorizaciones expresas para la más mínima iniciativa no prevista de manera expresa por la ley o el reglamento.

Tan sólo en 1988 el Consejo de Estado admitió la posibilidad de incluir cláusulas sobre los intereses de mora, considerados prohibidos hasta entonces por cuanto el estatuto contractual no los previa. Pero el mismo año la Alta Corporación negaba el reconocimiento de indemnizaciones fruto del desequilibrio financiero del contrato e incluidas su liquidación, de tal suerte que era necesario un proceso para que el juez declara su existencia y condenara su pago¹⁸. De igual manera, ha sido necesario esperar la promulgación de una ley especial para que las empresas de servicios pudiera celebrar contratos de leasing, considerados antes imposibles en razón de la ausencia de un texto que los autorizara. En este contexto, la flexibilidad de la competencia contractual enunciada por la Ley 80 ha sido de gran significado hacia la concepción de la autonomía de las entidades contratantes que les permiten crear nuevos tipos contractuales y definir con amplitud su contenido. Los principios generales de la Ley 80 brindan a las entidades la posibilidad de adaptar los contratos a las necesidades del servicio sin la tutela administrativa asfixiante de las autorizaciones y controles previstos. Además, aceptar mayor flexibilidad en la gestión de la ejecución del contrato se traduce en la importante posibilidad de solucionar directamente los conflictos sin necesidad de acudir al juez administrativo y esperar un largo y costoso proceso para confirmar finalmente las soluciones evidentes y simples en la mayoría de los casos.

No obstante, esta libertad no es sinónimo de derecho privado, sino que se constituye en una transformación de la esencia del contrato administrativo, sino una evolución de la manera de concebir la competencia contractual de la administración pública, concebida tradicionalmente en exceso ligada. En estos términos, el régimen jurídico general de derecho privado anunciado por el artículo 13 de la Ley 80 e incluso el régimen exclusivo de derecho privado instaurado por las leyes especiales, contiene más un símbolo que una realidad. La afirmación del derecho privado constituye sobre todo una figura para promover la imagen de una administración eficiente, en la gestión pública.

¹⁸ CEC. Sección Tercera, 13 de Mayo de 1988. Urbanizadora Villa Alicia, 1. 279 fols. 86 a 194.

El derecho administrativo se identifica con la ineficacia, el formalismo, la lentitud, la morosidad y la manera de camisa de fuerza, como afirmaba el proyecto de la Ley 80 a propósito del antiguo estatuto contractual. Por el contrario, el derecho privado se presenta como sinónimo de racionalidad, rapidez, progreso, modernidad y desarrollo.

Además, la intensión legislativa de otorgar mayor autonomía a los administradores públicos y hacer del contrato una herramienta flexible acarrea una reducción de los controles sobre la actividad contractual. Al suprimir los controles de tutela ejercidos por la administración, por las corporaciones de elección popular y por las contralorías (control previo), la ley restringió el control a la amenaza de sanciones posteriores, ampliamente reforzadas por el principio de responsabilidad. Pero, el objetivo legislativo es hacer de la responsabilidad un contrapeso de la autonomía lo cual es bien ilusorio. El ensanchamiento de la libertad ha permitido que la actividad contractual se convierta en la primera causa de corrupción administrativa, en un país en el que este flagelo es tan importante como el de la guerrilla o el del narcotráfico y los organismos de control muestran pobres balances de su gestión. La mayor autonomía en los procesos de selección de los contratistas ha permitido la realización de licitaciones a la medida de ciertos candidatos, la ausencia de control previsto en la contratación directa consecuencia de la declaración de la urgencia manifiesta ha favorecido la utilización de este mecanismo de excepción para evitar las licitaciones, y la conciliación se ha confirmado como el medio ideal para evitar las licitaciones, y la conciliación se ha confirmado como el medio ideal para realizar negociaciones irregulares que reconocen indemnizaciones millonarias a los contratistas o candidatos no seleccionados.

Por otra parte, la distorsión jurisprudencial de la teoría del enriquecimiento sin causa ha introducido un amplio consensualismo en la actividad contractual que permite purgar irregularidades, incluso substanciales, en la celebración de los

contratos así como en la de sus adiciones en la realización de prestaciones extracontractuales.

Esta incertidumbre generada por el régimen contractual llevó a la jurisprudencia administrativa a reforzar el régimen exorbitante. Puede esperarse que en un régimen de principios como el de la Ley 80 la función del juez fuera de un control mínimo de legalidad que respetará la voluntad del legislador de ofrecer mayor libertad a las entidades estatales contratantes. En realidad, el espacio abierto a favor de éstas por la desregulación concretada por la Ley 80 fue ampliamente colmado por la jurisprudencia, quien determina el valor de los principios enunciados de manera general por la ley, define su concreción y los completa según las reglas de la función administrativa. Esta función cuasilegislativa le ha permitido reforzar ampliamente las prerrogativas de poder público y, al mismo tiempo, redefinir la protección de los intereses económicos de los contratistas de la administración. El poder extraordinario del juez administrativo, reforzado por la unidad de jurisdicción, ha centrado sobre él la redefinición general del régimen contractual, y el peso de la tradición del derecho administrativo lo cual ha hecho del régimen jurídico mixto de la Ley 80 un régimen administrativo reforzado que en el fondo confirma las bases originales del contrato administrativo clásico.

Finalmente la tendencia legislativa sigue entonces la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado al restringir la tendencia hacia la privatización del régimen jurídico contractual de la administración y al reforzar el régimen exorbitante. Sin embargo, ninguno de estos proyectos se hizo realidad, por cuanto fueron archivados en comisión.

4.2 RECOMENDACIONES.

La evolución de nuestro régimen contractual confirma, al igual que en otros países la especificidad del contrato estatal, y que la idea de privatizarlo no parece viable. Por el contrario, la Ley 80 abrió una vía hacia una concepción más flexible de las

particularidades de estos contratos que permita desarrollar mejor las funciones administrativas. Pero el reto de adaptar el régimen contractual a las nuevas exigencias administrativas que combinan eficacia y racionalidad pública perdura. La ley 80 propuso una superposición de los derechos privados y público que en últimas generó una polarización irreconciliable entre los dos. Si se quiere evitar el reforzamiento del régimen exorbitante, como reacción a los excesos de la libertad contractual será necesario redefinir las bases generales de la función pública para responder a las exigencias contemporáneas, y, sobre todo, encontrar mecanismos novedosos de control administrativo que, sobre todo se puedan encontrar5 mecanismos novedosos de control administrativo, que, sin asfixiar a la administración, sean efectivos. Sin un control eficaz de la gestión contractual del régimen jurídico mixto del contrato estatal no será una tercera vía entre el contrato administrativo y el contrato privado, sino un simple espejismo de la modernización de la gestión pública explotado políticamente.

BIBLIOGRAFÍA

ALTAMIRA, Guillermo, Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1971.

ARIAS, A. & SANDOVAL, L. (2002, agosto). La Nación demandada: un estudio sobre el pago de sentencias, conciliaciones y laudos arbitrales. Economía Colombiana y Coyuntura Política. Revista de la Contraloría General de la Nación, 291, pp. 66-77.

BERÇAITZ, Miguel Ángel, Teoría general de los contratos administrativos, 2ª ed., Buenos Aires, Desalma, 1980.

CABALLERAS, Guillermo, Diccionario de derecho usual, 6ª ed., Buenos Aires, Bibliográfica Ameba, 1968.

CEPEDA, F. (1997). La corrupción en Colombia. Bogotá: Tercer Mundo.

COASE, R. (1937, 1994). La naturaleza de la firma. En: Coase, R. (1994), La empresa, el mercado y la ley. Madrid: Alianza

CROCKER, K. & REYNOLDS, K. (1993, Spring). The efficiency of incomplete contracts: an empirical analysis of the air force procurement. Rand Journal of Economics, 24 (1).

DAVILA, L. (2001) Régimen jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Legis.

DÍEZ, Manuel María, Derecho administrativo, Buenos Aires, Bibliográfica Ameba, 1965. El Acto administrativo, 2ª ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1961.

DORMÍ, José Roberto, "La imprevisión en los contratos de la administración", Contratos administrativos. Régimen de pago y actualización, Buenos Aires, Astrea, 1988.

DUSSÁN, J. (2005). Elementos del contrato estatal. Bogotá:UJTL.

DUGUIT, León, Las transformaciones del derecho, trad. Adolfo y Carlos Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1975.

ESCOBAR, A. (1999). El contrato estatal de obra: descripción, cláusulas, comentarios, crítica. Bogotá: Ibáñez.

ESCOLA, Héctor Jorge, El interés público como fundamento del derecho administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1989.

FEDESARROLLO (1997). Causas de la corrupción. En: Cepeda (Ed), La corrupción en Colombia. Bogotá: Tercer Mundo, pp. 49 - 57.

FERNÁNDEZ DE VELAZCO, Recaredo, Los contratos de suministro, Madrid, Editorial Montecorvo, 1992.

FURUBOTN, E. & RICHTER, R. (1998). Institutions and economic theory. Ann Arbor: U.of Michigan Press.

GORBANEFF, Y. (2003). Herramientas para la economía institucional. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

GÓMEZ GONZÁLEZ, Mariano, "Concesiones administrativas", Enciclopedia Jurídica Española, Barcelona, Francisco Seix-Editor.

