

SELECCIÓN DEL TÍTULO JURÍDICO DE IMPUTABILIDAD DE RESPONSABILIDAD
CONTRA EL ESTADO CUANDO SE PRESENTA EL HECHO CUMPLIDO

YOLANDA ALICIA RONDEROS CALDERÓN
MARTHA LILIANA TASCÓN RODRIGUEZ

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.

2012

SELECCIÓN DEL TÍTULO JURÍDICO DE IMPUTABILIDAD DE RESPONSABILIDAD
CONTRA EL ESTADO CUANDO SE PRESENTA EL HECHO CUMPLIDO

YOLANDA ALICIA RONDEROS CALDERÓN
MARTHA LILIANA TASCÓN RODRIGUEZ

Trabajo para optar al título de Magister en Derecho Administrativo

Tutor Temático Dr. John Jairo Morales Alzate
Tutor Metodología Dra. Luz Marina Gil

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.

2012

Nota de Aceptación

Los que abajo firmamos dejamos constancia que hemos participado en la revisión, sustentación y aprobación del presente trabajo de investigación.

Bogotá D.C., Septiembre de 2012

De nada vale esforzarnos por alcanzar cada día metas más altas si no contamos con los seres queridos que nos apoyan y nos incentivan en seguir adelante. Por esa razón el resultado de nuestro esfuerzo en estos dos años y el fruto final de esto, lo dedicamos a nuestros progenitores e hijos, con todo nuestro amor.

En estos renglones queremos agradecer el apoyo y la orientación dada a nuestra propuesta por parte de la Universidad Militar Nueva Granada y sus docentes que hicieron posible encausar nuestras inquietudes para poder hoy lograr la presentación de esta investigación y optar por nuestro grado de Maestría en Derecho Administrativo.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	9
1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL HECHO CUMPLIDO	15
1.1 HECHO CUMPLIDO A PARTIR DE LA DEFINICIÓN DE GASTO PÚBLICO EN COLOMBIA	15
1.2 MARCO HISTÓRICO DEL HECHO CUMPLIDO PRESUPUESTAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN CON EL DECRETO 222 DE 1984, LA LEY 80 DE 1993 Y LA LEY 1150 DE 2007	28
1.3 EL HECHO CUMPLIDO DENTRO DEL MARCO CONSTITUCIONAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	322
2. CAUSAS DEL HECHO CUMPLIDO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL	39
2.1 EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS HECHOS CUMPLIDOS EN SUS DIVERSAS MANIFESTACIONES	39
2.2 DIVERSAS ALTERNATIVAS COMO LA JURISPRUDENCIA HA ABORDADO EL HECHO CUMPLIDO	43
2.2.1 Las omisiones en las diligencias presupuestales contractuales son responsabilidad del Estado	43

2.2.2 La carga de esperar la culminación de las gestiones presupuestales antes de ejecutar la obra era del contratista, no existe responsabilidad del Estado	54
2.2.3 El Estado tiene responsabilidad en las omisiones presupuestales contractuales basado en el principio de enriquecimiento sin causa	59
2.3 INTERROGANTES PLANTEADOS A PARTIR DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	72
3. TÍTULOS JURÍDICOS DE IMPUTABILIDAD DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE CARA AL HECHO CUMPLIDO	75
3.1 SELECCIÓN DEL TÍTULO JURÍDICO DE IMPUTABILIDAD DE RESPONSABILIDAD ANTE EL HECHO CUMPLIDO CONFORME A LOS INTERROGANTES PLANTEADOS Y AL PRINCIPAL PROBLEMA DETECTADO	75
3.1.1 Elementos de títulos jurídicos de imputabilidad de responsabilidad del Estado	75
3.1.2 Principios constitucionales involucrados	77
3.1.3 Selección del título jurídico de imputabilidad de responsabilidad frente al hecho cumplido del contrato inejecutable	85
3.1.4 Título jurídico de imputabilidad de responsabilidad frente al hecho cumplido sin contrato y sin respaldo presupuestal	98
3.1.5 Planteamiento del alcance de los reconocimientos económicos para cada uno de los títulos jurídicos de imputabilidad de responsabilidad seleccionados	98

3.1.6. Concepto de reparación integral del daño	988
3.1.7 Cambios jurisprudenciales en los sistemas liquidatorios de reparación integral del daño en materia contractual	109
3.2 TEST PARA HALLAR LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO PARA CADA TÍTULO JURÍDICO DE IMPUTABILIDAD DE RESPONSABILIDAD SELECCIONADOS EN LOS NUMERALES 3.1.3 Y 3.1.4	124
3.2.1 Ejemplo práctico de selección correcta del título jurídico de imputabilidad de responsabilidad del hecho cumplido	125
3.3 PROPUESTA DE FORMULA LIQUIDATORIA QUE REPARE INTEGRALMENTE EL DAÑO CAUSADO, ANTE LA CONSECUCIÓN DEL HECHO CUMPLIDO	131
4. CONCLUSIONES	136
BIBLIOGRAFÍA	140

INTRODUCCIÓN

La contratación estatal es el instrumento idóneo para garantizar el servicio público por medio de la ejecución de obras públicas o prestación de servicios para el beneficio de los administrados bajo el Estado Social de Derecho. Es el instrumento, genuino para ejecutar las políticas públicas y lograr la satisfacción y realización efectiva de los derechos de los ciudadanos. Así, el Estado Social de Derecho consagrado dentro de la Constitución Política debe procurar la materialización de los derechos de los individuos y el respeto por las garantías públicas.

El contrato estatal tiene, conforme a la jurisprudencia constitucional, unos principios integradores en su régimen jurídico en donde la autonomía de la voluntad debe responder a la necesidad de satisfacer los intereses de la comunidad y a la prevalencia del interés general sobre el particular. El Estatuto de Contratación conformado por la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007 con sus normas reglamentarias, al igual que la Ley Orgánica del Presupuesto Nacional, constituyen los pilares legales de la contratación pública en Colombia.

La contratación pública tiene como característica fundamental que es reglada, y en consecuencia, los servidores públicos encargados de adelantar los procesos de contratación y los particulares que aspiren a ser adjudicatarios de un contrato del Estado deben someterse al imperio de la ley que gobierna la materia.

No en pocas oportunidades y dentro de la ejecución del objeto contractual, en especial en proyectos de infraestructura, se hace imperiosa la necesidad de ejecutar obras adicionales o complementarias que inicialmente no fueron contempladas en los alcances del objeto contractual. En otros casos, la exigencia y necesidades de las comunidades afectadas con el proyecto obligan a darle mayor cobertura para responder a estas.

Como consecuencia de lo anterior, el contrato estatal algunas veces existiendo y estando perfeccionado conforme al artículo 1500 y siguientes del Código Civil, en concordancia

con los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, llega a un punto de inejecutabilidad por falta de respaldo presupuestal sea que con anterioridad a la ejecución del objeto contractual no haya existido respaldo presupuestal previo o que, existiendo tal respaldo en la vigencia fiscal correspondiente, el recurso feneció por no utilizarlo dentro del término previsto por la ley.

También se presenta la ejecución de obras en donde se prestan servicios o se entregan suministros al Estado por parte de los particulares en el marco de situaciones de hecho, generadas por causas sobrevinientes a la ejecución del contrato y por atender criterios de satisfacción de los servicios públicos en beneficio de la comunidad, presentándose en los casos anteriores el denominado hecho cumplido de la administración.

Bajo este marco surge el objetivo general de la presente investigación, a saber, resolver un interrogante central: **¿es posible el pago a favor del contratista-particular, de obras, servicios o bienes adquiridos por el Estado cuando estas transacciones se relacionan con un hecho cumplido?**

De acuerdo con lo anterior, la siguiente investigación persigue demostrar que el hecho cumplido derivado de la ejecución de un contrato estatal en sí mismo, es una actuación antijurídica de la administración. Sin embargo, pueden presentarse diversas posturas de interpretación que permiten o no la reparación económica a favor del particular involucrado.

En este orden, el primer objetivo específico será ubicar conceptualmente la figura del hecho cumplido en sus diversas modalidades, dentro de la doctrina institucional de la Hacienda Pública liderada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Luego de ello, como punto indispensable, la ubicación del citado hecho cumplido dentro del marco Constitucional, para fijar los alcances de responsabilidad del Estado de cara a este.

Es importante registrar que el denominado hecho cumplido, desde el punto de vista presupuestal, está definido y castigado en la Ley Orgánica del Presupuesto Nacional, Decreto 111 de 1996, en su artículo 71.¹

De la misma manera el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002, señala como falta gravísima en el artículo 48, asumir compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes o en exceso del saldo disponible de apropiación o que afecten vigencias futuras sin contar con las autorizaciones pertinentes.

En principio se observa como la ley le prohíbe al servidor público contraer obligaciones sin respaldo presupuestal, pero, de hecho, en repetidas ocasiones se infringen estas leyes y es necesario ante la realidad plantear un tratamiento coherente de reconocimiento patrimonial para el contratista que ha financiado la ejecución de la prestación, o de hecho, le ha colaborado a la administración con su patrimonio. De ahí surge la necesidad de ubicar la figura del hecho cumplido dentro del concepto de gasto público a la luz de las normas constitucionales de cara a la ubicación de la responsabilidad estatal.

Cumplido el primer objetivo, el segundo será decantar, a partir de los hechos contenidos

¹ “ARTÍCULO 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la dirección general del presupuesto nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.

Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (L. 38/89, art. 86; L. 179/94, art. 49)”. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 111 (15, enero, 1996). Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1996. no. 42692.

en los fallos, la manera como la jurisprudencia nacional aborda el hecho cumplido. Es a partir de este análisis, como se ubicarán las principales causas que originan el hecho cumplido dentro de la contratación de bienes y servicios del Estado. Para finalizar se concretarán los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad con los cuales los jueces han fundamentado sus decisiones.

En este punto, para la presente investigación es indispensable establecer frente al hecho cumplido, por un lado, la existencia o no del daño antijurídico de la administración con el estudio obligado de la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política. Por otro lado, si la intervención del contratista en el proceso de acuerdo, financiación y ejecución de la obra, prestación del servicio o entrega del suministro sin mediar contrato o respaldo presupuestal es jurídicamente lícita o no. Dependiendo del análisis de responsabilidad que se derive, se establecerá la fuente primigenia de la obligación en actos jurídicos (el contrato o actos unilaterales), en hechos jurídicos con virtualidad para obligar (el ilícito civil), o en la teoría del enriquecimiento sin causa.

En desarrollo de lo anterior, una vez determinada la fuente de la obligación, si es un incumplimiento contractual lo procedente es considerar la indemnización de perjuicios como reparadora del daño causado, pero si se trata de una actuación de la administración por fuera del contrato no será lo reclamado una indemnización sino una compensación. Para estos efectos, y frente al hecho cumplido, se deben fijar los criterios de reconocimientos pecuniarios, bajo los criterios de justicia y equidad consagrados en el artículo 1 de la Constitución Política y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, previa ponderación de los principios de proporcionalidad, buena fe, la confianza legítima y la continuidad del servicio frente a las actuaciones de los servidores públicos y el contratista particular involucrado.

Finalmente, el tercer objetivo específico de la investigación será establecer la procedencia o no de reconocerle al contratista o particular lo invertido, y para acceder o no a tal reconocimiento dependerá de la selección que se haga de fuente primigenia de la obligación partiendo de una selección del título jurídico de imputabilidad de responsabilidad del Estado, que se considere a partir de la situaciones de hecho que se

examinen para finalizar con la propuesta de reparación integral del daño ocasionado.

El aporte de esta investigación que será de gran utilidad, es presentar la necesidad de contar con unos parámetros claros de fuente obligacional a cargo del Estado cuando se trate de reparar un daño de cara al hecho cumplido, y fijar el alcance y límites de las condenas, por cuanto para las arcas del Estado tener claridad en estos aspectos por parte de los falladores y de los ordenadores del gasto puede representar un ahorro importante en las condenas a cargo de las entidades públicas o unos parámetros de ahorro presupuestal valiosos al momento de proponer formulas conciliatorias a la hora de resolver conflictos de intereses dentro de los mecanismos de solución de conflictos permitidos por la ley.

Lo común es que frente al hecho cumplido la administración se paralice y que los servidores públicos se nieguen, así sea por vía de conciliación, a reconocerle al contratista el reembolso de lo invertido en la ejecución de la obra en la prestación del servicio o en la entrega del suministro, debido a las implicaciones disciplinarias, fiscales y penales. Lo original de este proyecto de investigación radica en aportar criterios para despejar estas inquietudes y proponer los parámetros dentro de los cuales se pueden realizar dichos reconocimientos por vía de conciliación o transacción, sin que el reconocimiento implique responsabilidades adicionales a los funcionarios.

En principio, se debe advertir que al Estado no le está permitido enriquecerse en detrimento del patrimonio del particular que ha colaborado con la administración satisfaciendo una necesidad. Es así, como el Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial invocando la acción de enriquecimiento sin causa (*actio in rem verso*) como instrumento procesal para que el afectado logre el reembolso de su inversión; pero la misma Corporación, para eventos similares, también ha admitido como acción procesal la acción indemnizatoria contractual como acción principal, y como subsidiaria la citada *actio in rem verso*. Cabe anotar que, dependiendo de la acción invocada, también ha variado el alcance de las condenas. Lo descrito se constituye en la principal limitación para la investigación, ya que las variadas y contradictorias posiciones de la jurisprudencia conllevan a realizar un análisis más exhaustivo y profundo de cada fallo para poder decantar con precisión la *ratio decidendi* de estos, en los elementos que son relevantes

para el presente trabajo.

La investigación que se propone es jurídica, con un alto componente normativo y jurisprudencial, a partir de lo cual se pretende plantear una propuesta de interpretación estructurada históricamente, por cuanto se revisarán fallos judiciales de diferentes épocas para tener una visión general del asunto hasta la actualidad y en aplicación de un método analítico, finalizar con la presentación de la propuesta de la fuente obligacional procedente de reconocimientos a los contratistas y/o particulares que ejecuten prestaciones a favor del Estado dándole una dimensión propositiva bajo la existencia de un hecho cumplido.

1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL HECHO CUMPLIDO

1.1 HECHO CUMPLIDO A PARTIR DE LA DEFINICIÓN DE GASTO PÚBLICO EN COLOMBIA

Siendo los dos pilares fundamentales de este estudio establecer la procedencia o no de los posibles reconocimientos económicos a título de compensación económica y/o a título indemnizatorio, cuando se trata del pago de “hechos cumplidos”, lo primero es retomar el marco normativo aplicable.

El denominado hecho cumplido es el concepto negativo de los principios del gasto público, el cual desde la Constitución Política está previsto en los artículos 151, 342 y 345, en el sentido que no podrá haber ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales o Municipales. En virtud de esto, el Decreto 111 del 15 de enero de 1996, establece como principios del sistema presupuestal colombiano, la planificación², la anualidad³, la universalidad⁴, la unidad de caja⁵, la programación integral⁶, la especialización⁷, la inembargabilidad⁸, la coherencia macroeconómica⁹ y la homeostasis¹⁰, siendo todos de indispensable cumplimiento.

² “ARTÍCULO 13. Planificación. El presupuesto general de la Nación deberá guardar concordancia con los contenidos del plan nacional de desarrollo, del plan nacional de inversiones, del plan financiero y del plan operativo anual de inversiones (L. 38/89, art. 9º; L. 179/94, art. 5º)”. *Ibíd.*

³ “ARTÍCULO 14. Anualidad. El año fiscal comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción (L. 38/89, art. 10)”. *Ibíd.*

⁴ “ARTÍCULO 15. Universalidad. El presupuesto contendrá la totalidad de los gastos públicos que se espere realizar durante la vigencia fiscal respectiva. En consecuencia ninguna autoridad podrá efectuar gastos públicos, erogaciones con cargo al tesoro o transferir crédito alguno, que no figuren en el presupuesto (L. 38/89, art. 11; L. 179/94, art. 55, inc. 3º; L. 225/95, art. 22)”. *Ibíd.*

⁵ “ARTÍCULO 16. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación.

PARÁGRAFO 1º Los excedentes financieros de los establecimientos públicos del orden nacional son propiedad de la Nación. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, determinará la cuantía que hará parte de los recursos de capital del presupuesto nacional, fijará la fecha de su consignación en la dirección del tesoro nacional y asignará por lo menos el 20% al establecimiento público que haya generado

De lo anterior, se advierte que los servidores públicos que ejercen funciones de ordenadores del gasto deben verificar y cumplir con los requisitos presupuestales previstos en la Constitución Política, la Ley Orgánica del Presupuesto y la Ley Anual de Presupuesto que se expide para cada vigencia fiscal y contempla los gastos de inversión y de funcionamiento de las entidades a nivel nacional y lo respectivo ocurre a nivel territorial. Siendo este el marco normativo presupuestal también recogido por la Ley 80 de 1993 o Estatuto Contractual, cuando en el numeral 6 del artículo 25, obliga a los servidores públicos a contar con las partidas presupuestales necesarias y previas a la

dicho excedente. Se exceptúan de esta norma los establecimientos públicos que administran contribuciones parafiscales.

PARÁGRAFO 2º Los rendimientos financieros de los establecimientos públicos provenientes de la inversión de los recursos originados en los aportes de la Nación, deben ser consignados en la dirección del tesoro nacional, en la fecha que indiquen los reglamentos de la presente ley.

Exceptúanse los obtenidos con los recursos recibidos por los órganos de previsión y seguridad social, para el pago de prestaciones sociales de carácter económico (L. 38/89, art. 12; L. 179/94, art. 55, incs. 3, 8º y 18; L. 225/95, art. 5º). *Ibíd.*

⁶ “ARTÍCULO 17. Programación integral. Todo programa presupuestal deberá contemplar simultáneamente los gastos de inversión y de funcionamiento que las exigencias técnicas y administrativas demanden como necesarios para su ejecución y operación, de conformidad con los procedimientos y normas legales vigentes.

PARÁGRAFO. El programa presupuestal incluye las obras complementarias que garanticen su cabal ejecución (L. 38/89, art. 13)”. *Ibíd.*

⁷ “ARTÍCULO 18. Especialización. Las apropiaciones deben referirse en cada órgano de la administración a su objeto y funciones, y se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el cual fueron programadas (L. 38/89, art. 14; L. 179/94, art. 55, inc. 3º)”. *Ibíd.*

⁸ “ARTÍCULO 19. Inembargabilidad. Reglamentado por el Decreto Nacional 1101 de 2007. Son inembargables las rentas incorporadas en el presupuesto general de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman.

No obstante la anterior inembargabilidad, los funcionarios competentes deberán adoptar las medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos respectivos, dentro de los plazos establecidos para ello, y respetarán en su integridad los derechos reconocidos a terceros en estas sentencias. Se incluyen en esta prohibición las cesiones y participaciones de que trata el capítulo 4º del título XII de la Constitución Política.

Los funcionarios judiciales se abstendrán de decretar órdenes de embargo cuando no se ajusten a lo dispuesto en el presente artículo, so pena de mala conducta (L. 38/89, art. 16; L. 179/94, arts. 6º, 55, inc. 3º)”. *Ibíd.*

⁹ “ARTÍCULO 20. Coherencia macroeconómica. El presupuesto debe ser compatible con las metas macroeconómicas fijadas por el gobierno en coordinación con la Junta Directiva del Banco de la República (L. 179/94, art. 7º)”. *Ibíd.*

¹⁰ “ARTÍCULO 21. Homeóstasis presupuestal. El crecimiento real del presupuesto de rentas incluida la totalidad de los créditos adicionales de cualquier naturaleza, deberán guardar congruencia con el crecimiento de la economía, de tal manera que no genere desequilibrio macroeconómico (L. 179/94, art. 8º)”. *Ibíd.*

apertura de los procesos de selección contractual con el objetivo de celebrar un contrato estatal. Así mismo, el numeral 13 del artículo en comento, impone la obligación de las entidades de constituir las reservas necesarias de estimativo de los ajustes que pueden resultar de las actualizaciones de precios; y el numeral 14 del mismo artículo, también señala la inclusión de partidas presupuestales globales para cubrir la mora en el pago de obligaciones o en el pago generado por revisión de precios.

Así las cosas, en principio el hecho cumplido concebido como la ejecución de prestaciones de particulares-contratistas a favor del Estado, sin respaldo presupuestal y que luego se pretende legalizar utilizando cualquier mecanismo para obtener su pago, es una práctica ilegal y así lo señala expresamente el artículo 71 del decreto 111 de 1996¹¹, en donde se indica claramente que cualquier compromiso que se adquiriera sin el lleno de los requisitos presupuestales creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quién asuma estas obligaciones.

Es de señalar, que también se convierte en hecho cumplido cuando se desborda el período de ejecución de la obligación contractual de las vigencias presupuestales registradas, y contenidas en la reserva de caja y de apropiación¹². Con frecuencia el bien o servicio o el acta de obra o de costos no se recibe dentro de la vigencia fiscal correspondiente a la fecha de expedición del registro presupuestal el cual expira a 31 de diciembre del año respectivo, y pese a que el contrato en plazo se está ejecutando, no es

¹¹ Ver Supra, 1.

¹² “ARTÍCULO 89. Las apropiaciones incluidas en el presupuesto general de la Nación, son autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva.

Después del 31 de diciembre de cada año estas autorizaciones expiran y, en consecuencia, no podrán comprometerse, adicionarse, transferirse, ni contracreditarse.

Al cierre de la vigencia fiscal cada órgano constituirá las reservas presupuestales con los compromisos que al 31 de diciembre no se hayan cumplido, siempre y cuando estén legalmente contraídos y desarrollen el objeto de la apropiación. Las reservas presupuestales sólo podrán utilizarse para cancelar los compromisos que les dieron origen.

Igualmente, cada órgano constituirá al 31 de diciembre del año cuentas por pagar con las obligaciones correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios.

El Gobierno Nacional establecerá los requisitos y plazos que se deben observar para el cumplimiento del presente artículo (L. 38/89, art. 72; L. 179/94, art. 38; L. 225/95, art. 8º). *Ibíd.*

posible cancelar obligaciones causadas en la vigencia fiscal anterior, con cargo a la vigencia fiscal en ejecución. Con frecuencia, en las entidades públicas se presente esta situación de hecho y que finalmente las obligaciones causadas se queden sin respaldo presupuestal para pagar el compromiso por cuanto el recurso presupuestal feneció, quedando esta situación de cara al hecho cumplido al pretender su pago y qué decir, del caso en que el funcionario ordena gasto sin contar con respaldo presupuestal y cuando tampoco cuenta con respaldo documental-contrato.

No es posible referirse a este punto sin retomar el concepto de vigencia expirada, No. 14615 del Ministerio de Hacienda de 3 de junio de 2010, en donde retomó un fallo de la Corte Suprema de Justicia de marzo 26 de 1958: “[...] sólo sería posible cancelar aquellos compromisos originados en vigencias fiscales anteriores con cargo al presupuesto vigente, que en su oportunidad se adquirieron con las formalidades legales y contaron con apropiación presupuestal [...]”¹³.

Por su parte el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme al Concepto 1-2010-007277 de marzo 9 de 2010, reiteró:

Cualquier afectación de las apropiaciones presupuestales debe ajustarse al cumplimiento de los requisitos exigidos con el propósito de prevenir que no sean excedidos esos límites de gasto y, así mismo, que exista certeza suficiente sobre los recursos con los cuales la Administración podrá atender de manera cumplida sus obligaciones, lo cual significa que dichos valores deben ser identificados, en el registro presupuestal que se expida para el efecto, por el funcionario competente, de modo que a través del registro presupuestal se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación.

[...]

En el caso que no se hubiere constituido la reserva presupuestal y que la entidad haya recibido el bien o el servicio pactado, la Ley 1365 de 2009, dispone:

“Artículo 81. Sin perjuicio de la responsabilidad fiscal y disciplinaria a que haya lugar, cuando en vigencias anteriores no se haya realizado el pago de obligaciones adquiridas con las formalidades previstas en el Estatuto Orgánico del Presupuesto y demás normas que regulan la materia, y sobre los mismos no se haya constituido la

¹³ COLOMBIA. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Conceptos Jurídicos Presupuestales. Bogotá D.C.: El Ministerio, 2011. p. 16.

reserva presupuestal o la cuenta por pagar correspondiente, se podrá crear el rubro 'Pasivos Exigibles – Vigencias Expiradas' y con cargo a este, ordenar el pago. (...)

En todo caso, el jefe del órgano respectivo certificará previamente el cumplimiento de los requisitos señalados en este artículo”.

[...]

Sobre el pago de obligaciones de vigencias anteriores, esta Dirección ha sostenido:

“(…) las normas de carácter presupuestal han previsto los mecanismos que deben observar los órganos de la administración para cancelar los compromisos durante la vigencia fiscal en la cual se contraen o durante la inmediatamente siguiente, prohibiéndose además tramitar o legalizar actos administrativos que afecten el Presupuesto cuando no reúna los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos.

Por otra parte, es de observar que la Administración no puede enriquecerse sin causa; con respecto de esta figura, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de marzo 26 de 1958 manifestó: “El enriquecimiento injusto se produce toda vez que un patrimonio reciba un aumento a expensas de otro, sin causa que lo justifique.

El enriquecimiento sin causa debe reunir tres elementos conjuntos:

- a) Un enriquecimiento o aumento de un patrimonio.
- b) Un empobrecimiento correlativo, y
- c) Que el enriquecimiento se haya realizado sin causa, es decir, sin fundamento jurídico (...)

Así las cosas, y atendiendo a que la Administración Pública no se puede eximir de las obligaciones que legalmente contrajo, (las cuales deben corresponder a las fuentes de gasto establecidas en el artículo 346 de la Constitución Política); en concepto de esta Dirección, sólo sería posible cancelar aquellos compromisos originados en vigencias fiscales anteriores con cargo al presupuesto vigente, que en su oportunidad se adquirieron con las formalidades legales y contaron con apropiación presupuestal disponible o sin comprometer que las amparaba [...].”

[...]

Así, en el evento que no se hayan cumplido con todos los requisitos legales, sería necesario adelantar los trámites conducentes a crear el título jurídico válido, en los

términos de los artículos 346 de la Constitución Política y 38 del Estatuto Orgánico del Presupuesto¹⁴.

En este mismo sentido el Ministerio de Hacienda ha absuelto consultas sobre el hecho cumplido presupuestal de la siguiente forma:

Así, cualquier afectación de las apropiaciones presupuestales debe ajustarse al cumplimiento de los requisitos exigidos con el propósito de prevenir que no sean excedidos esos límites de gasto y, así mismo, que exista certeza suficiente sobre los recursos con los cuales la Administración podrá atender de manera cumplida sus obligaciones, lo cual significa que dichos valores deben ser identificados, en el registro presupuestal que se expida para el efecto, por el funcionario competente, de modo que a través del registro presupuestal se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación.

[...]

Así, se observa entonces que las normas de carácter presupuestal han previsto los mecanismos que deben observar los órganos de la administración para cancelar los compromisos durante la vigencia fiscal en la cual se contraen, prohibiéndose además tramitar o legalizar actos administrativos que afecten el Presupuesto cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos.

[...]

Por tanto, en concordancia con las normas expuestas, el certificado de disponibilidad presupuestal y su registro presupuestal, deben cumplirse antes de la realización de la comisión, por lo que en concepto de esta Dirección el caso planteado en la comunicación podría considerarse como un hecho cumplido¹⁵.

Resulta bien ilustrativo para los fines propuestos, los conceptos enunciados anteriormente para ubicar con claridad meridiana la figura del hecho cumplido. Es evidente, que el máximo ente regulador de la hacienda pública en Colombia, recomienda que solo se puede optar por el mecanismo de pago por medio de la vigencia expirada, cuando el compromiso adquirido y no pagado dentro de la vigencia fiscal correspondiente cumplió con todos los requisitos legales; y si por cualquier causa no se concreta el pago dentro de la vigencia fiscal el procedimiento de pago es el establecido bajo la figura legal del reconocimiento y trámite de la vigencia expirada. Por el contrario, si el compromiso

¹⁴ *Ibíd.*, p. 14-16.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 18-19.

presupuestal se adquirió sin el lleno de los requisitos legales, solo es viable su reconocimiento y pago encontrando un título jurídico válido, que solo se puede crear de las resultas de una reclamación judicial, y es allí donde esta investigación cobra especial importancia. En otras palabras, en el evento del trámite de la vigencia expirada existe un hecho cumplido, y también lo es cuando el pago de este queda supeditado a la existencia del título jurídico de imputabilidad de responsabilidad del Estado válido.

En este sentido, la misma Ley Orgánica del Presupuesto consagra una sola excepción al pago de obligaciones sin respaldo presupuestal previo y es el que está contemplado en lo referente a los créditos judicialmente reconocidos¹⁶. Se trata del gasto ejecutado contra el rubro de sentencias y conciliaciones, contra el cual se pagan los fallos judiciales (sentencias, conciliaciones y laudos arbitrales), rubro este, que se le asigna a las entidades públicas anualmente y que generalmente es deficitario frente al monto condenado o conciliado en la vigencia fiscal inmediatamente anterior, siendo esta la única posibilidad de pago de las prestaciones ejecutadas bajo la premisa de un hecho cumplido. Es decir, debe mediar un fallo judicial que reconozca su pago y en la realidad es lo que está sucediendo, como mecanismo normal de pago en estos eventos (conciliación, sentencia) tal como se aprecia en la muestra jurisprudencial recogida y motivo de comentario más adelante, siendo el demandar y obtener un fallo a favor del contratista el mecanismo que el mismo Estado legitima para reconocimientos económicos generados en el desconocimiento de las normas presupuestales y contractuales que rigen la materia.

En este sentido, se debe resaltar que por vía de fallo judicial, sea sentencia, conciliación o laudo arbitral cuando se reconocen el pago de obras públicas, servicios ejecutados,

¹⁶ “ARTÍCULO 38. En el presupuesto de gastos sólo se podrán incluir apropiaciones que correspondan:

- a) A créditos judicialmente reconocidos;
- b) A gastos decretados conforme a la ley;
- c) Las destinadas a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo económico y social y a las obras públicas de que tratan los artículos 339 y 341 de la Constitución Política, que fueren aprobadas por el Congreso Nacional, y
- d) A las leyes que organizan la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, que constituyen título para incluir en el presupuesto partidas para gastos de funcionamiento, inversión y servicio de la deuda pública (L. 38/89, art. 24; L. 179/94, arts 16, 55, inc. 1º y 4º, art. 71)”. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Op. cit.

suministros, etc., en realidad se está modificando el presupuesto de inversión y gastos de la Nación o el ente territorial de que se trate. Algunas veces esto ocurre con un desbordamiento del presupuesto anual de las entidades de una manera impactante para las finanzas públicas.

Por esta razón, cobra vital importancia establecer si tales reconocimientos, en caso de proceder, deben condenarse a título compensatorio o indemnizatorio por la importancia económica frente al tesoro público, ya que estos reconocimientos están de frente contra toda la normatividad de legalización del gasto público y la planeación prevista sobre el mismo, en donde intervienen de manera directa los órganos legislativo y ejecutivo del poder, y por tanto, el hecho cumplido en caso de que se considere reparar el presunto daño a favor de terceros de manera integral en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, no puede desbordar la planeación de las finanzas públicas, porque esto pone en peligro la estabilidad económica y social del país.

De la muestra jurisprudencial seleccionada y a comentar en el capítulo siguiente, se observan una serie de hechos en los cuales los ordenadores del gasto o representantes de entidades públicas para cumplir con metas de gestión y ejecución administrativa, o garantizar la continuidad del servicio público, por presiones la misma comunidad o de usuarios, o por falta de planeación en la contratación, ordenan al particular la ejecución de unas prestaciones¹⁷ cuyo pago se convierte en un problema institucional, que con frecuencia cobijan varias administraciones y finalmente los servidores a cargo se niegan al pago de las obligaciones contraídas por las implicaciones disciplinarias, fiscales, patrimoniales y hasta penales que dichos reconocimientos puedan tener.

Es evidente que ante la existencia de un hecho cumplido el servidor público a quién le corresponda decidir su solicitud de pago queda entre el límite de la ilegalidad frente a la

¹⁷ “El rasgo característico de la obligación es su objeto: deber de conducta determinada a cargo del deudor y en beneficio del acreedor, técnicamente denominado prestación. La prestación puede consistir tanto en un acto (positiva) como en una abstención (negativa), proyectable aquel en la entrega de un bien o en la atribución de un derecho real sobre él por tradición (dar, *dare rem*), o en un servicio (hacer). Igualmente, la obligación puede ser simple o compuesta, esta por que prevenga varios actos o abstenciones o por que exija o prevenga la cooperación de varias personas”. HINESTROSA FORERO, Fernando. Tratado de Obligaciones. 3 ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 57.

transparencia de los procesos, la continuidad del servicio público, los derechos de los particulares que han financiado con su propio patrimonio la entrega de una obra, un bien, un servicio o un suministro a favor del Estado y con frecuencia dicho pago queda en el limbo jurídico.

En síntesis, el régimen presupuestal arroja el concepto del hecho cumplido cuando se contraen las obligaciones sin el lleno pleno de los requisitos legales o habiéndolas contraído con todos los requisitos, el pago no se tramita dentro de la vigencia fiscal correspondiente. Entonces, dentro del primer evento referido se deben considerar como las principales causas del hecho cumplido: cuando el contrato perfeccionado queda en estado de inejecutabilidad por no contar con el registro de disponibilidad presupuestal previo a la ejecución del objeto contractual, cuando los particulares ejecutan obras, se reciben servicios, suministro por parte del Estado de manera satisfactoria y no se pueden cancelar precisamente por no contar con las partidas presupuestales suficientes y/o no cuentan con documento alguno denominado contrato adicional o acta de reconocimiento, concebidos previamente para estos efectos y con mayor razón existe hecho cumplido cuando ni siquiera existe un contrato estatal, ni respaldo presupuestal para la prestación obtenida a favor del Estado.

Es importante para efectos de la ubicación conceptual del hecho cumplido, considerar el gasto público como el eje central del manejo de los compromisos presupuestales en el Estado.

Conforme a algunos postulados jurisprudenciales se establece que el gasto en toda norma que los ordena y los decreta, es toda afectación de recursos de una entidad pública¹⁸.

Así mismo, la jurisprudencia ha establecido que “[...] *el gasto público son normas mediante las cuales las corporaciones públicas autorizan erogaciones que pueden hacerse con cargo al Tesoro. [...] establecido el gasto, para exigir su cumplimiento se*

¹⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección quinta. Sentencia de 11 de diciembre de 2002. Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla.

*requiere que esté presupuestado, osea que inserto un gasto en el presupuesto es exigible su cumplimiento*¹⁹.

En este estado definitorio es necesario recorrer algunas normas presupuestales importantes tales como:

- ❖ El artículo 16 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto)²⁰, no contempla ningún tipo de discrecionalidad en materia de apropiaciones que deben ser atendidas con los recursos previstos en virtud del principio de unidad de caja, conforme al artículo 39 del mismo Decreto.
- ❖ El presupuesto incluye: las leyes de gasto previas al proyecto de presupuesto según la disponibilidad de los recursos y prioridades del gobierno de turno y que correspondan las funciones de los órganos nacionales y en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo²¹ y el segundo componente del presupuesto, corresponde a los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación (Sistema General de Participaciones).
- ❖ El artículo 47 del Decreto 111 de 1996²², de acuerdo con el cual el Gobierno tiene la posibilidad de priorizar las leyes de gasto para incluirlas en el presupuesto, pero esta facultad está limitada a la disponibilidad de recursos y a los principios presupuestales.

¹⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 24 de agosto de 1998 (Rad. no. ACU-405). Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque.

²⁰ Ver Supra, 5.

²¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1450 (16, junio, 2011). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2011. no. 48102.

²² "ARTÍCULO 47. Corresponde al gobierno preparar anualmente el proyecto de presupuesto general de la Nación con base en los anteproyectos que le presenten los órganos que conforman este presupuesto. El gobierno tendrá en cuenta la disponibilidad de recursos y los principios presupuestales para la determinación de los gastos que se pretendan incluir en el proyecto de presupuesto (L. 38/89, art. 27; L. 179/94, art. 20)". COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Op. cit.

- ❖ El artículo 46 del Decreto 111 de 1996²³, según el cual se tiene disponibilidad de disminuir partidas o porcentajes dentro de la ley de presupuesto no después de su aprobación.
- ❖ El artículo 54 del Decreto 111 de 1996²⁴, el cual dispone que si los ingresos legalmente considerados no alcanzan para los gastos previstos, se debe tramitar un proyecto de ley proponiendo nuevas fuentes de respaldo presupuestal o modificación de las existentes.
- ❖ El artículo 8 de la Ley 819 de 2003²⁵, el cual presenta una advertencia de planeación que busca garantizar este principio en debida forma frente a las apropiaciones presupuestales.

²³ “ARTÍCULO 46. Cuando en el ejercicio fiscal anterior a aquel en el cual se prepara el proyecto de presupuesto resultare un déficit fiscal, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público incluirá forzosamente la partida necesaria para saldarlo. La no inclusión de esta partida, será motivo para que la comisión respectiva devuelva el proyecto.

Si los gastos excedieren el cómputo de las rentas y recursos de capital, el gobierno no solicitará apropiaciones para los gastos que estime menos urgentes y, en cuanto fuere necesario, disminuirá las partidas o los porcentajes señalados en leyes anteriores.

En el presupuesto deberán incluirse, cuando sea del caso, las asignaciones necesarias para atender el déficit o las pérdidas del Banco de la República. El pago podrá hacerse con títulos emitidos por el gobierno, en condiciones de mercado, previa autorización de la Junta Directiva del Banco de la República (L. 38/89, art. 25; L. 179/94, art. 19)”. *Ibid.*

²⁴ “ARTÍCULO 54. Si los ingresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados, el gobierno, por conducto del Ministerio de Hacienda, mediante un proyecto de ley propondrá los mecanismos para la obtención de nuevas rentas o la modificación de las existentes que financien el monto de los gastos contemplados.

En dicho proyecto se harán los ajustes al proyecto de presupuesto de rentas hasta por el monto de los gastos desfinanciados (L. 179/94, art. 24)”. *Ibid.*

²⁵ “ARTÍCULO 8º. *Reglamentación a la programación presupuestal.* La preparación y elaboración del presupuesto general de la Nación y el de las Entidades Territoriales, deberá sujetarse a los correspondientes Marcos Fiscales de Mediano Plazo de manera que las apropiaciones presupuestales aprobadas por el Congreso de la República, las Asambleas y los Concejos, puedan ejecutarse en su totalidad durante la vigencia fiscal correspondiente.

En los eventos en que se encuentre en trámite una licitación, concurso de méritos o cualquier otro proceso de selección del contratista con todos los requerimientos legales, incluida la disponibilidad presupuestal, y su perfeccionamiento se efectúe en la vigencia fiscal siguiente, se atenderá con el presupuesto de esta última vigencia, previo el cumplimiento de los ajustes presupuestales correspondientes.

Parágrafo transitorio. Lo preceptuado en este artículo empezará a regir, una vez sea culminada la siguiente transición:

- ❖ El artículo 68 del decreto 111 de 1996²⁶, el cual señala que todos los proyectos y programas que conforman el presupuesto general de la Nación no se pueden ejecutar si no hay una evaluación por parte de la entidad competente y registrado en el Banco Nacional de Proyectos del Departamento Nacional de Planeación, que ya ha sido previamente analizado en el plan anual de inversiones.

- ❖ El artículo 84 del Decreto 111 de 1996²⁷, el cual prevé que solo en estados de excepción previstos en la Constitución Política de Colombia puede el Gobierno Nacional modificar el presupuesto.

El treinta por ciento (30%) de las reservas del Presupuesto General de la Nación y de las Entidades Territoriales que se constituyan al cierre de la vigencia fiscal del 2004 se atenderán con cargo al presupuesto del año 2005. A su vez, el setenta por ciento (70%) de las reservas del Presupuesto General de la Nación y de las Entidades Territoriales que se constituyan al cierre de la vigencia fiscal de 2005 se atenderán con cargo al presupuesto del año 2006.

Para lo cual, el Gobierno Nacional y los Gobiernos Territoriales, respectivamente harán por decreto los ajustes correspondientes". COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 819 (9, julio, 2003). Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2003. no. 45243.

²⁶ "ARTÍCULO 68. No se podrá ejecutar ningún programa o proyecto que haga parte del presupuesto general de la Nación hasta tanto se encuentren evaluados por el órgano competente y registrados en el banco nacional de programas y proyectos.

Los órganos autorizados para cofinanciar, mencionados en la cobertura de esta ley orgánica, cofinanciarán proyectos, a iniciativa directa de cualquier ciudadano, avalados por las entidades territoriales, ante los órganos cofinanciadorees o a través de aquellas.

Las entidades territoriales beneficiarias de estos recursos deberán tener garantizado el cumplimiento de sus obligaciones correspondientes al servicio de la deuda y aportar lo que le corresponda.

Para entidades territoriales cuya población sea inferior a 20.000 habitantes conforme al censo de población de 1985, se podrán utilizar mecanismos financieros alternativos para facilitar la cofinanciación (L. 38/89, art. 31; L. 179/94, art. 23; L. 225/95, art. 33)". COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Op. cit.

²⁷ "ARTÍCULO 85. El Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público-dirección general del presupuesto nacional, elaborarán conjuntamente para su presentación al Conpes la distribución de los excedentes financieros de los establecimientos públicos del orden nacional y de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas.

De los excedentes financieros, distribuidos por el Conpes a la Nación, el gobierno sólo podrá incorporar al presupuesto un monto que no supere el 1% del presupuesto vigente. En los demás casos, el gobierno hará los ajustes presupuestales necesarios para darle cumplimiento a la distribución de los recursos a que se refiere el inciso anterior. También los hará una vez determinado el excedente financiero de la Nación. Cuando los excedentes destinados por el Conpes a la Nación superen el 1% del presupuesto vigente, su incorporación al presupuesto se hará por ley de la República (L. 179/94, art. 21; L. 225/95, art. 21)". *Ibíd.*

De las citadas disposiciones es fácil inferir que el asunto del gasto no es un tema discrecional, que está ligado fuertemente al principio de planeación y de legalidad, imponiéndole al gobierno que de ninguna manera pueda salirse en la ejecución anual del presupuesto de lo aprobado y previsto en las leyes y mucho menos podría hacerlo un ordenador de gasto. La programación presupuestal del Estado es un asunto vital para la supervivencia del mismo. Esta ley que, conforme a la Constitución Política de Colombia, es de mayor jerarquía, por eso la denomina Orgánica del Presupuesto, lo que busca es preservar precisamente la estabilidad económica del país y con frecuencia la rama jurisdiccional, por medio de sus jueces, adopta decisiones, que sin bien corresponden a la interpretación válida de figuras jurídicas, no se avienen con la organización económica de las arcas estatales. Como ejemplos claros encontramos las demandas de reliquidación en materia pensional que desbordan los topes que la misma ley consagra, la aceptación de liquidación de indemnizaciones contra el Estado, con la adopción de figuras propias de la banca *vr. gr.* capitalización de intereses, acogiendo dictámenes de peritos, auxiliares de la justicia que rinden conceptos aplicando formulas liquidatorias de intereses compuestos.

Precisamente, y ante la presentación del hecho cumplido en materia contractual donde se presenta un importante índice de condenas contra el Estado, las altas corporaciones han aceptado la procedencia de estas reclamaciones y han dado disímiles interpretaciones con repercusión económica directa a las arcas de la tesorería de la Nación.

El estudio jurisprudencial que en este trabajo se presenta llevará a contestar un interrogante fundamental: ¿es posible el pago a favor del contratista-particular, de obras, servicios o bienes adquiridos por el Estado cuando estas transacciones se relacionan con un hecho cumplido?

Con el objeto de responder este interrogante se hará un breve recuento de la evolución histórica del asunto.

1.2 MARCO HISTÓRICO DEL HECHO CUMPLIDO PRESUPUESTAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN CON EL DECRETO 222 DE 1984, LA LEY 80 DE 1993 Y LA LEY 1150 DE 2007

Para dilucidar este punto, es necesario precisamente revisar el tratamiento jurisprudencial dado al documento denominado “el registro presupuestal”²⁸ de cara a las solemnidades contractuales y al perfeccionamientos de los contratos en sus dos etapas.

En una primera etapa la jurisprudencia estableció los siguientes parámetros:

Con esta perspectiva, el artículo 39 de la ley 80, al ocuparse de la forma del contrato estatal, estableció que los contratos que celebren las entidades estatales “constarán por escrito” (contrato litteris: Ex nudo pacto actio non nascitur, nuda pactio obligationem non parit del derecho romano, regla diametralmente opuesta a la del derecho civil moderno). La forma como se materializa el vínculo jurídico es pues escrita, sólo que las formalidades plenas están determinadas en función de la cuantía (par. Art. 39 ley 80 y art. 25 decreto 679 de 1994). Coherente y armónico con este precepto, el artículo 41 de la ley 80 de 1993 revistió a la forma escrita de un valor ad solemnitatem o ad substantiam actus o ad esentiam (forma dat esse rei), al predicar que el acto o negocio jurídico sólo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria, se trata de una solemnidad esencial para su existencia jurídica de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad. Sin embargo, tal y como ya lo advirtió la Sala en oportunidad precedente, el artículo 41 de la ley 80 de 1993, fue modificado por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, que a su vez modificó el artículo 86 de la ley 38 de 1989, orgánica o normativa del presupuesto general de la Nación.

[...]

Es preciso subrayar que el artículo 41 de la ley 80 de 1993 distingue entre perfeccionamiento y ejecución, de modo que por virtud de este mandato legal si un contrato no está perfeccionado no es ejecutable. Por ministerio de la ley, entonces, en el derecho colombiano el contrato estatal es solemne o formal (art. 1500 del Código Civil) y no consensual. Su perfeccionamiento sólo tiene lugar mediante el lleno de la forma escrita prevista por la ley 80 y el registro presupuestal ordenado por las normas orgánicas de presupuesto; la manifestación de la voluntad se sujeta a un modelo preestablecido por el legislador, el cual constituye la fisonomía del negocio jurídico. O lo que es igual, sin el lleno de estos requisitos los contratos estatales no quedan perfeccionados y por tanto no pueden ser ejecutados. No basta, entonces, el simple acuerdo de voluntades sino que es preciso que la expresión del

²⁸ “Así, el registro presupuestal, que consiste en la certificación de apropiación de presupuesto con destino al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del contrato; es un instrumento a través del cual se busca prevenir erogaciones que superen el monto autorizado en el correspondiente presupuesto, con el objeto de evitar que los recursos destinados a la financiación de un determinado compromiso se desvíen a otro fin”. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 28 de septiembre de 2006 (Exp. 15307). Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

consentimiento se haga a través de ese canal previsto por la ley: debe constar por escrito y debe contar con el respectivo registro presupuestal y la inobservancia de esas solemnidades especiales “impide el nacimiento de cualquier efecto contractual”, y por lo mismo carece de relevancia jurídica al quedar por fuera del derecho. La legislación es, pues, clara en impedir la consolidación de los efectos de un negocio jurídico que no se avenga a este cauce legal, al exigir que las partes han de elevarlo a escrito y contar con el registro presupuestal. En otras palabras, el contrato únicamente existe, una vez se satisface el requerimiento de la forma documental y su registro presupuestal, que de no cumplirse priva de efectos jurídicos al acuerdo de voluntades y, por lo mismo, no puede entrar a ejecutarse. En suma, la contratación estatal verbal está, pues, excluida, prohibida o proscrita en nuestro ordenamiento jurídico.

[...]

Si los contratos estatales son solemnes, a términos de los artículos 39 y 41 de la ley 80 y 49 de la ley 179 de 1994 (art. 71 del Decreto ley 111 de 1996), ha de estarse a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 998 del Código de Comercio -aplicable a los negocios jurídicos estatales por expresa remisión del inciso primero de los artículos 13 y 40 de la ley 80 y del artículo 8 del decreto 679 de 1994-conforme al cual: “Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación del acto o contrato”. La ausencia de estas precisas exigencias legislativas en la contratación estatal ocasiona la inexistencia del negocio jurídico, pues esa es la manera como el legislador ha previsto para manifestar válidamente el consentimiento (forma dat esse rei). Por lo demás, la ratificación expresa posterior que permite la ley (inc. 1 art. 898 C.Co.) dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes, perfecciona el acto inexistente tan sólo en la fecha de tal ratificación y no constituye una habilitación para normalizar o subsanar lo que comúnmente se denominan “hechos cumplidos”, mediante el acta de liquidación, al tratarse de supuestos surgidos por fuera del marco del contrato, o lo que es igual, extracontractuales²⁹.

En una segunda etapa la jurisprudencia corrigió la anterior posición en los siguientes términos:

A diferencia de lo dispuesto en el Decreto Ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.” En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución, así: “Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.”

²⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 5 de octubre de 2005 (Rad. no. AP-01588). Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: “acuerdo sobre el objeto y la contraprestación” (elementos sustanciales) y también que “éste se eleve a escrito” (elemento formal de la esencia del contrato).

El Consejo de Estado en varias providencias al evaluar los cambios introducidos por la ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal.

Sin embargo, la anterior posición fue modificada por la Sala en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000, en el que se afirmó que el registro presupuestal era un requisito de “perfeccionamiento” del contrato estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996.

En reciente providencia, la Sala retomó la posición asumida antes del precitado auto de 2000 y advirtió que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su “perfeccionamiento”, porque es un requisito necesario para su ejecución³⁰.

En una elemental conclusión derivada de las jurisprudencias antagónicas citadas, se evidencia que en una primera etapa había claridad en los artículos 25³¹, 46³² y 51³³ del

³⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 7 de junio de 2007 (Exp. 14669). Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

³¹ “ARTICULO 25. DE LOS REQUISITOS - <DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. Salvo disposición legal en contrario, la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración, se someterá a los siguientes requisitos:

- a. Presentación por el oferente del paz y salvo por concepto de impuestos sobre la renta y complementarios, desde el momento de formular la propuesta;
- b. Licitación o concurso de méritos;
- c. Registro presupuestal;
- d. Constitución y aprobación de garantías;
- e. Concepto del Consejo de Ministros;
- f. Firma del Presidente de la República;
- g. Revisión del Consejo de Estado;
- h. Publicación en el Diario Oficial, y pago de los derechos de timbre.

PARAGRAFO. Es entendido que además de los requisitos previstos en este artículo deberán cumplirse los especiales que se señalen para determinados contratos”. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 222 (2, febrero, 1983). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1983. no. 36189.

³² “ARTICULO 46. DEL REGISTRO PRESUPUESTAL - <DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. Los contratos a que se refiere el presente estatuto estarán sujetos al respectivo registro presupuestal, operación que se cumplirá una vez suscrito el contrato por las divisiones y secciones delegadas de la Dirección General de Presupuesto, o por los funcionarios encargados de la ejecución presupuestal, según el caso, para lo cual se deberán verificar exclusivamente:

Decreto 222 de 1983, que el perfeccionamiento del contrato operaba con el registro presupuestal, en lo que coincidió con el entonces artículo 39 del Decreto 150 de 1976 y ante la nueva redacción del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se desataron las dos interpretaciones en donde, en primera instancia, se consideró que el registro presupuestal perfeccionaba el contrato estatal, y posteriormente, la jurisprudencia rectificó la posición considerando éste como un requisito de ejecución.

Estableciendo unas consecuencias diferentes frente al hecho cumplido presupuestal, ya que en la primera etapa, de no considerarse perfeccionado el contrato, sin el lleno de este requisito necesariamente sería inexistente³⁴.

Mientras que en la segunda etapa, se dio clara viabilidad a otorgarle efectos jurídicos a un documento denominado contrato al simplemente elevar el acuerdo de voluntades a una solemnidad escrita, y de esta manera considerar perfeccionado el contrato.

Por lo que en la etapa anteriormente mencionada, eminentemente civilista derivada de los postulados del derecho privado que gobierna la relación entre particulares, triunfó frente a una posición de derecho público, que debe gobernar las relaciones entre el Estado y los particulares, y en donde el contrato estatal debe ser el principal instrumento por medio del cual se debe proveer en debida forma unos bienes y servicios a los administrados dentro

1. Que en el presupuesto de apropiaciones del año fiscal correspondiente existen partidas a las cuales se pueda imputar el gasto que se proyecte realizar dentro de esa vigencia.

Las partidas que deben cubrirse con fondos provenientes de empréstitos, sólo podrán afectarse cuando el contrato de crédito estuviera perfeccionado y sus recursos disponibles.

2. Que las partidas presupuestales con las cuales debe cubrirse el valor del contrato, en la respectiva vigencia fiscal, estén libres de compromisos en cuantía suficiente para atender la obligación originada en el contrato proyectado.

Hecho el registro, las partidas presupuestales correspondientes sólo pueden destinarse al cumplimiento del contrato para el cual se afectaron, a menos que las mismas queden libres de los compromisos en él originados". *Ibíd.*

³³ "ARTICULO 51. DEL PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS - <DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. Salvo disposición en contrario, los contratos a los cuales se refiere este estatuto se en tienden perfeccionados con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que los declare ajustados a la ley; si no requieren revisión del Consejo de Estado, con la aprobación de las fianzas de que trata el inciso primero del artículo 48; y si no requieren constitución de fianzas, con el correspondiente registro presupuestos, si hay lugar a él, o una vez suscritos". *Ibíd.*

³⁴ Ver *Supra*, 29.

de los principios constitucionales más genuinos de la hacienda pública y el gasto público en general. Dicho de otra manera, si se hubiese realizado un estricto razonamiento de aplicación normativa, la Ley Orgánica del Presupuesto debió primar en su aplicación al estatuto contractual frente al perfeccionamiento del contrato toda vez que la Ley Orgánica, según el artículo 151 de la Constitución Política, es de mayor jerarquía que la Ley Estatutaria de Contratación³⁵.

No obstante, siendo esta la posición final del Consejo de Estado, lo que resta por determinar es la repercusión de esta frente al hecho cumplido presupuestal. Indudablemente la situación irregular generada por la adquisición de compromisos sin respaldo presupuestal pero amparado por un contrato perfeccionado (acuerdo de voluntades) se le otorgó el privilegio de tener consecuencias jurídicas para las partes y la posibilidad de reclamar judicialmente por quién se vea afectado por el no pago derivado de un contrato en estado de inejecutabilidad, y también surge la obligación de establecer la viabilidad y éxito de adelantar una reclamación económica por parte de quien en unión con la administración ejecuta una prestación a favor de la administración en una típica vía de hecho, sin que exista documento denominado contrato y menos aún respaldo presupuestal.

Como consecuencia de lo anterior, es necesario ubicar estas dos circunstancias generadoras del hecho cumplido dentro del marco constitucional

1.3 EL HECHO CUMPLIDO DENTRO DEL MARCO CONSTITUCIONAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Se debe establecer la carga obligacional dentro de un contrato estatal, en términos de responsabilidad del Estado contratante representado en el ordenador de gasto y el particular contratista, cuando el contrato se vuelve inejecutable por razones

³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-337 de 19 de agosto de 1993. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

presupuestales o ni siquiera existe contrato perfeccionado, y sin embargo, la prestación del contrato se ejecuta.

Para el Estado contratante, la responsabilidad administrativa en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, se centra en establecer si se presentó una responsabilidad subjetiva en cabeza del servidor público ordenador del gasto, por no adelantar las diligencias presupuestales previas y requeridas a la ejecución de la prestación y la responsabilidad del particular al no esperar el cumplimiento de las gestiones presupuestales antes de comenzar a ejecutar el objeto del contrato, o si se trata de una simple responsabilidad de carácter antijurídico pero sin que medie un juicio de valor como incumplimiento en términos de dolo o culpa. En otras palabras, si se trata de una actuación antijurídica del Estado pero sin falla de servicio sino con una responsabilidad de carácter objetivo más no subjetivo.

Para poder dilucidar el título de responsabilidad aplicable para viabilizar el reconocimiento del hecho cumplido, es indispensable retomar los conceptos de responsabilidad del Estado colombiano, frente a la Constitución Política de la siguiente manera:

Debemos partir de la interpretación fijada por la Corte Constitucional cuando revisó la constitucionalidad del artículo 50 (de manera parcial) de la Ley 80 de 1993, en la Sentencia C-333 de agosto 1 de 1996³⁶.

Conforme a los lineamientos constitucionales, el artículo 90 de la Constitución Política consagra un Régimen General de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, comprendiendo las tres clases de responsabilidad patrimonial, a saber: la contractual, la extracontractual y la precontractual. Además establece que el daño antijurídico es el provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Todo ello, en armonía con los principios constitucionales del Estado Social de Derecho en la salvaguarda que le corresponde al estado de las libertades y derechos de los particulares frente al actuar de la administración. El actuar de la administración en algunas

³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

oportunidades se ampara en un resultado normal y legítimo del ejercicio de actividades públicas con independencia del hecho que el actuar del agente del Estado sea a título culposo o ilícito.

Es un régimen objetivo donde el Estado debe responder por los perjuicios antijurídicos que una vez causados e imputables a él origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio del perjudicado en donde debe existir un título que permita atribuir al agente una acción o una omisión.

Para el caso específico de la jurisprudencia en comento, se demandó el artículo 50 de la Ley 80, que preceptúa lo siguiente: “Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicio 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”.

El argumento central de la demanda, fue que la norma demandada violaba el artículo 90 de la Constitución, por cuanto allí se establece que el fundamento de la responsabilidad del Estado es el daño antijurídico, entendido como el perjuicio causado a una persona que no tiene la obligación de soportarlo, por lo cual la responsabilidad “[...] no depende de la legitimidad de la conducta que despliegue el agente del Estado sino de la existencia de un daño antijurídico imputable al Estado”. Y la norma acusada parte de “[...] las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones, lo cual implica que se parte del comportamiento de la entidad pública, pero no del daño antijurídico”³⁷. Por esta razón se viola el artículo 90 de la Carta, ya que la norma demandada deja de lado regímenes de responsabilidad como el del daño especial, en el cual se presenta un daño antijurídico, más no una actuación antijurídica del Estado.

La Corte Constitucional, al analizar de fondo la responsabilidad patrimonial del Estado, advierte que antes de la Constitución de 1991, no existía en Colombia un régimen de responsabilidad objetiva del Estado, salvo los desarrollos jurisprudenciales del Consejo de

³⁷ *Ibíd.*

Estado, en donde, frente a la responsabilidad civil extracontractual, había reconocido algunos regímenes especiales de responsabilidad como falla del servicio, régimen de riesgo excepcional y daño especial. Por tanto la Constitución de 1991, viene a consagrar de manera explícita el régimen de responsabilidad objetiva del Estado.

Del análisis del fallo constitucional C-333 de 1996, se infiere que en el artículo 90 de la Constitución Política, nace el nuevo régimen de responsabilidad general del Estado, en donde solo es necesario que exista el daño antijurídico y este régimen es aplicable a todo tipo de responsabilidad, incluso al régimen contractual.

Es de anotar, que la Corte Constitucional aclara que una cosa es que exista una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, pero los regímenes y títulos de dicha responsabilidad son diferentes: en unos casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros se presume y los restantes se trata de la ruptura de la igualdad de las cargas públicas.

Sobre el daño antijurídico, la sentencia en comento realiza un recuento histórico de los antecedentes tenidos en cuenta para la redacción del citado artículo 90, y retoma el artículo 106 de la Constitución española³⁸. Y destaca la Corte Constitucional que esta definición “[...] no es una pena que deba sufrir el agente del daño en razón de su culpa, sino que es un dispositivo que se funda en la posición de la víctima pues se busca garantizar que el menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que ésta haya sufrido sea adecuadamente reparado. Por ello puede haber daño antijurídico, sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio real o supuesta”³⁹.

Conforme a lo anterior, con la Sentencia C-333, el concepto de daño antijurídico se puede caracterizar así:

³⁸ “ARTICULO 106. 2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. ESPAÑA. Constitución política de 1978. Disponible en [online]: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t4.html#a106

³⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996. Op. cit.

-'la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar'.

-'Se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo'.

-'El daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva'.

-'Daño antijurídico es el fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración'⁴⁰.

Y frente a la indemnización del daño antijurídico indica la Corte:

Esta concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad lícita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (CP art. 1) y de igualdad (CP art. 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. En efecto, si la Administración ejecuta una obra legítima de interés general (CP art. 1) pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas (CP art. 13), pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, por lo cual éste debe ser asumido solidariamente por los coasociados (CP art. 1) por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado. Se trata pues, de un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado⁴¹.

Insiste la Corte que la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ *Ibíd.*

Sobre la imputabilidad del daño se señala en la misma Sentencia que “[...] es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la *imputatio juris* además de la *imputatio facti*”⁴². Y retoma la posición del Consejo de Estado:

Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.

La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.

*La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal*⁴³.

En este fallo la Corte Constitucional destaca que la responsabilidad derivada del contrato tiene como títulos jurídicos de imputabilidad de responsabilidad los principios de buena fe, igualdad, equilibrio entre las prestaciones y derechos en los contratos conmutativos, y por otro lado, los títulos en materia extracontractual son falla del servicio en nexo con la culpa personal, la igualdad de las personas ante la ley, el riesgo excepcional, el error judicial, la inconstitucionalidad de una ley y el enriquecimiento sin causa como desarrollo de los principios de equidad y justicia retributiva. Sin que en materia contractual se excluyan los títulos jurídicos de imputabilidad de responsabilidad del Estado en materia extracontractual.

Frente al daño antijurídico, conducta antijurídica y responsabilidad contractual del Estado precisa sobre el artículo 50 demandado lo siguiente: “[...] el título para poder imputar al Estado la responsabilidad por un daño en materia contractual es el carácter antijurídico,

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*

no del daño en sí mismo considerado, sino de las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones de las entidades [...]”⁴⁴.

Como conclusión la Corte considera:

*[...] que la expresión acusada no vulnera en sí misma la Constitución, siempre y cuando se entienda que ella no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual. En cambio, la disposición impugnada puede generar situaciones inconstitucionales si se concluye que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 es el único fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual, por cuanto ello implicaría una ilegítima restricción del alcance del artículo 90 que, como se ha visto, consagra una cláusula general de responsabilidad que engloba los distintos regímenes en la materia. Por ello la Corte declarará la citada expresión exequible, pero de manera condicionada, pues precisará que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo contractual, por lo cual el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en este campo*⁴⁵.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*

2. CAUSAS DEL HECHO CUMPLIDO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Los eventos fundamentales en los que se presenta lo que se conoce como hecho cumplido dentro de los trámites contractuales son:

- a. Las obras públicas ejecutadas, el servicio prestado o el suministro entregado existiendo contrato estatal perfeccionado conforme a los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, y sin embargo, llegaron a un punto de inejecutabilidad por falta de registro presupuestal o sencillamente no se cancelaron las prestaciones debidas por diversas causas dentro de la vigencia fiscal correspondiente que llevaron a que el recurso presupuestal feneciera y no se optó por el trámite de vigencia expirada (en este caso sí existió documento denominado contrato pero fue inejecutable).
- b. Las obras públicas ejecutadas, el servicio prestado o el suministro entregado, en una vía de hecho de la administración que no contaron con el respaldo de un contrato ni con apropiaciones presupuestales para su posterior pago, y por ende, sin contrato adicional que respaldara las obligaciones contraídas: pese a ello, se ejecutó la prestación.

2.1 EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS HECHOS CUMPLIDOS EN SUS DIVERSAS MANIFESTACIONES

Los eventos advertidos como causas de “hechos cumplidos”, han sido abordados por la jurisprudencia contenciosa administrativa de diversas formas que se pueden sintetizar así:

- a. En algunos casos ha reconocido indemnizaciones a favor de los contratistas mediante el ejercicio de la acción contractual contemplada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. Cabe señalar que en algunas ocasiones en ejercicio de la acción de controversias contractuales se reconocieron los valores solicitados en la pretensiones ya a título de incumplimiento contractual, ya precontractual, con un

alcance económico de compensación económica bajo la figura de enriquecimiento sin causa a favor de la administración (*actio in rem verso*).

- b. Por otro lado, en otros casos el Consejo de Estado ha reconocido el pago de los valores solicitados por contratistas en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo con un alcance económico de compensación económica bajo la figura de enriquecimiento sin causa a favor de la administración (*actio in rem verso*); y en otros casos, con la variante de restablecimiento del derecho pero con alcance económico de enriquecimiento sin causa, por tratarse de valores originados en una relación de hecho más que de una relación contractual debidamente perfeccionada.
- c. En otras muestras jurisprudenciales seleccionadas, el Consejo de Estado ha desarrollado la teoría del enriquecimiento sin causa bajo dos modalidades denominadas “*Tesis Positiva*” y “*Tesis Negativa*” en el reconocimiento de compensaciones económicas no indemnizatorias.

Bajo la “*Tesis Positiva*” se ha condenado al Estado colombiano pagar al contratista en contratos no perfeccionados o inexistentes o en eventos que se ejecuten prestaciones no comprendidas en el mismo, bajo la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, teniendo en cuenta el principio de buena fe y el principio de confianza legítima⁴⁶.

Por su parte, bajo la “*Tesis negativa*”, el Consejo de Estado ha considerado improcedente la teoría de enriquecimiento sin causa para regular situaciones de ejecuciones de prestaciones por parte de contratistas en contratos no perfeccionados. Lo anterior lo ha justificado en que no se pueden poner en marcha “*relaciones de hecho*” para eludir las normas de contratación administrativa, y en que los contratistas no pueden beneficiarse de su propia culpa al haber ejecutado obras sin que el contrato cumpla con el lleno de las

⁴⁶ “Así las cosas, en esta línea de pensamiento el contratista que se ve afectado por el daño antijurídico o por la aminoración patrimonial injustificada, respectivamente, tendrá derecho a la indemnización o compensación correspondiente siempre que su comportamiento haya respetado los postulados de la buena fe objetiva y de la confianza legítima”. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 18 de febrero de 2010 (Exp. 15596). Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Salvamento de voto del Doctor Enrique Gil Botero.

formas legales.

En términos generales, se puede afirmar que la ejecución de prestaciones contractuales sin respaldo presupuestal, ya sea porque definitivamente no se adquirió el compromiso en forma legal (sin contrato o sin registro presupuestal) o porque se adelantaron obras adicionales o imprevistas por fuera del objeto contractual sin mediar contrato adicional, o estando dentro del objeto contractual se generaron mayores cantidades que no alcanzan a costearse con lo inicialmente previsto, o cuando en el acta de liquidación se incluyen obras, bienes o servicios no considerados inicialmente, constituyen las prácticas más comunes dentro de la administración pública que al momento del pago terminan en estrados judiciales.

Los anteriores casos en un Estado organizado, responsable, que le rinda culto a la planeación deberían ser hechos aislados. No obstante, en Colombia lo excepcional se ha tornado normal, al punto que la máxima autoridad jurisdiccional en lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado, desde los años 80 y hasta la actualidad ha producido diversos pronunciamientos y desarrollado numerosas teorías para lograr el pago a contratistas, ejecutores de contratos en circunstancias contrarias a los principios básicos de planeación del Estado. Por ejemplo, la antes mencionada teoría del enriquecimiento sin causa, en virtud de la cual ha aprobado e improbadado conciliaciones, condenando o absolviendo al Estado, bajo las características principales del enriquecimiento sin causa: a) enriquecimiento del deudor-entidad; b) empobrecimiento del deudor-contratista; c) relación causal entre ellas; d) ausencia de causa jurídica; e) la inexistencia de acción judicial para reclamar el pago.

Como soporte fundamental de la teoría del enriquecimiento sin causa, ha sostenido el Consejo de Estado la prevalencia sobre el incumplimiento de leyes orgánicas y estatutarias, la aplicación de los principios de equidad y justicia, con el fin de salvaguardar el interés general, la continuidad del servicio público y la gestión administrativa.

Del examen de las diversas jurisprudencias, se han encontrado algunas variantes a la teoría inicial. Por ejemplo, el Consejo de Estado, en Sentencia de 30 de marzo de 2006, introdujo un nuevo elemento para reconocer el enriquecimiento sin causa: se trata de no

aceptar la aplicación de este principio cuando se haya violado una norma de obligatorio cumplimiento. Como producto de esta nueva interpretación el Consejo de Estado, sostuvo que el contratista no podía pretender el pago de los servicios prestados de vigilancia y debía asumir su empobrecimiento⁴⁷.

Ciertamente esta posición de la corporación fue exigente y cerró la posibilidad de reconocimiento de los “hechos cumplidos”, por vía de sentencia o conciliación. Posteriormente la postura fue flexibilizada introduciendo a la tesis argumentativa del enriquecimiento sin causa, la aplicación de otros principios: buena fe, continuidad del servicio, la intervención de las partes en el proceso. A propósito de la continuidad del servicio, el Consejo de Estado, en reclamaciones de contratistas que prestaron servicios en la salud, caso especial cuando aprobó en auto de 3 de diciembre de 2008, indicó la corporación que

[...] ‘dada la importancia y trascendencia de los derechos que ello implica frente a los asociados, impone al operador judicial que conoce de la legalidad de tales arreglos económicos un análisis desde una óptica distinta a aquella que usualmente se lleva a cabo frente a las conciliaciones en materia contencioso-administrativa’, toda vez que ‘el juicio de legalidad que frente a estos casos especiales debe efectuar el juez de lo Contencioso Administrativo no puede tornarse en una cortapisa para la continuidad en la prestación de los servicios de salud por parte de aquellas entidades o instituciones encargadas de tal fin’⁴⁸.

Con este planteamiento el Consejo de Estado flexibilizó su posición abriendo paso a la prevalencia, sobre la formalidad del contrato, de los derechos fundamentales como la vida. No obstante, frente a otros casos la misma corporación castigó la temeridad de las actuaciones del contratista como en Sentencia de 5 de diciembre de 2007.

No obstante la posición y reflexiones del Consejo de Estado, en materia de hecho cumplido no ha tenido una línea clara definitoria según se advertirá en el siguiente punto, donde se expondrán los casos jurisprudenciales más representativos que marcaran la pauta para establecer la mezcla de conceptos de selección del título jurídico de

⁴⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 30 de marzo de 2006 (Exp. 25662). Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁸ RAMÍREZ RAMÍREZ, Jorge Octavio. La Conciliación Contencioso-Administrativa y los hechos cumplidos. En: Revista Judicial. Junio, 2009, no. 12. p. 18.

imputación de responsabilidad del estado al momento de enfrentar una reclamación en presencia de un hecho cumplido.

2.2 DIVERSAS ALTERNATIVAS DE CÓMO LA JURISPRUDENCIA HA ABORDADO EL HECHO CUMPLIDO

2.2.1 Las omisiones en las diligencias presupuestales contractuales son responsabilidad del Estado. Esto es una obligación exclusiva de la administración, debe reparar el daño como falla precontractual o en algunos casos como incumplimiento contractual; aspectos estos, a los cuales la jurisprudencia se ha referido de diversa forma, a saber:

2.2.1.1 Para contratos de prestación de servicios ejecutados, las omisiones presupuestales son responsabilidad del Estado por incumplimiento contractual o precontractual. Un primer grupo, considera como incumplimiento contractual o precontractual la falta de requisitos presupuestales así:

En sentencias proferidas con anterioridad a la Ley 80 de 1993, en vigencia del Decreto 222 de 1983, el Consejo de Estado en Sentencia de marzo 4 de 1991⁴⁹, donde el interesado demandó el pago de la promoción y venta de aparcaderos de la Lotería de Bogotá, toda vez que el contrato fue adjudicado y el contratista realizó todas las gestiones para su perfeccionamiento; la Corporación consideró que sí había convenio, y por tanto, existió el mencionado incumplimiento contractual condenando al pago de las sumas adeudadas actualizadas más un 6% de intereses sobre el valor histórico.

Con posterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993, se encuentran fallos del Consejo de Estado como el de marzo 6 de 1997⁵⁰. En este caso un particular prestó una

⁴⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 4 de marzo de 1991 (Exp. 5825). Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

⁵⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 6 de marzo de 1997 (Exp. 10038). Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque.

consultoría de estudio de impacto ambiental a favor de EMPOPASTO S.A., existiendo contrato formalizado con pólizas y publicación; la partida presupuestal fue revocada y el estudio presentado no cancelado. La corporación asumió que se trataba de un incumplimiento contractual y condena al pago del valor de los estudios menos el 15 % de los honorarios y la actualización y el reconocimiento de los intereses de que trata la Ley 80 de 1993 y el Decreto 769 de 1994.

La sentencia del Consejo de Estado de 16 de julio de 1998⁵¹, frente a un contrato de servicios profesionales para el Departamento del Magdalena, que existió pero sin registro presupuestal, razón por la cual procedió el Departamento a decretar la terminación unilateral del contrato. Ante tal circunstancia la Corporación consideró restablecerle el derecho a título indemnizatorio para reparar el daño y condena a una actualización más el interés del 6% sobre el valor histórico.

En fallo de 6 de abril de 2000⁵², frente a la interventoría de un contrato de obra prestada a favor de DAINCO, la cual fue recibida a satisfacción y existía contrato sin registro presupuestal, no condenó al Estado por caducidad de la acción pero señaló que se trataba de una acción contractual con un alcance de enriquecimiento sin causa.

Con Sentencia de 7 de junio de 2007⁵³, el Consejo de Estado frente a una interventoría de un contrato de obra pública a favor del Municipio de Samaniego, en el cual la labor fue recibida pero no se cumplió con los requisitos de legalización del contrato, se determinó que la reclamación era contractual por incumplimiento y, dado que los contratistas también tenían responsabilidad, redujo la condena al 50% de la indemnización consistente en actualizar los valores debidos.

⁵¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 16 de julio de 1998 (Exp. 10652). Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque.

⁵² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 6 de abril de 2000 (Exp. 12775). Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque.

⁵³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 7 de junio de 2007 (Exp. 14669). Op. cit.

Demanda un especial comentario este fallo, en la medida que encontró el Consejo de Estado una responsabilidad patrimonial por incumplimiento contractual del inciso 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y declaró el hecho de la víctima-contratista como la causa eficiente en la producción del daño reduciendo la condena al citado 50%.

Esta sentencia marca una tendencia distinta del Consejo de Estado, ya que descarta la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa para llegar con una interpretación singular en una responsabilidad contractual, cuando ni siquiera existía contrato. Realmente confunde la violación de la ley con una falta de cumplimiento y le da un tratamiento de culpa de la víctima para tasar la condena, concepto propio de la responsabilidad civil extracontractual. Sin lugar a dudas, es un fallo que pone al descubierto la falta de claridad en el título jurídico de imputabilidad de responsabilidad a la hora de reconocer el daño y su reparación.

En fallo proferido el 30 de julio de 2008⁵⁴, también en una consultoría, estudio técnico de unas unidades integrales de saneamiento básico rural del Departamento de Arauca, aunque no existió condena por falta de pruebas, pero si señala que la acción era la contractual por presuntos daños causados en etapa precontractual en la formación del contrato.

El 30 de enero de 1998⁵⁵, la Corporación determinó, frente a la tenencia de unas bodegas dadas inicialmente por contrato de arrendamiento al Departamento de Cundinamarca que no fue prorrogado por la dueña del inmueble, que existía incumplimiento contractual pero la condena se ordena con alcance de acción de enriquecimiento sin causa, el capital actualizado más el 6 % de interés sobre el valor histórico.

⁵⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 30 de julio de 2008 (Exp. 26520). Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

⁵⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 30 de enero de 1998 (Exp. 11172). Consejero Ponente: Luis Fernando Olarte.

En un segundo grupo de sentencias, en las cuales el Consejo de Estado⁵⁶ consideró que existiendo el contrato adjudicado no elaborado, condenó al Estado a pagar a título de indemnización por reparación directa de una relación de hecho. En esta ocasión las condenas se redujeron al capital actualizado (Caja de Vivienda Popular).

En el tercer grupo de condenas, se cuenta la proferida el 11 de diciembre de 1984⁵⁷, en donde se condenó a ADPOSTAL pagar la vigilancia prestada y recibida a favor de la entidad, en donde no se legalizó el contrato contando con imputación presupuesta. La condena se hizo a título de restablecimiento del equilibrio económico bajo los presupuestos de la *actio in rem verso* o acción de enriquecimiento sin causa.

2.2.1.2 Frente a los contratos de suministro, las omisiones presupuestales son responsabilidad del Estado a título de incumplimiento. Esto se puede describir a partir de una sentencia proferida por el Consejo de Estado el 23 de junio de 2010⁵⁸, donde se examinó la situación de un convenio interadministrativo de cofinanciación entre el Departamento de Risaralda y el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social- FIS. En dicho convenio las partes se comprometieron a girar recursos que serían destinados a proyectos en el Departamento, en razón a que el objeto del convenio era el suministro de recursos se ha clasificado en este punto. Finalmente, el FIS no giró los recursos por cuanto el convenio se quedó sin registro presupuestal, y sin embargo, el Departamento contrató las obras incumpliendo los pagos con el contratista.

En esta oportunidad la corporación consideró que se trataba de un incumplimiento contractual y condenó al FIS al pago de lo adeudado actualizado más los intereses de que trata la Ley 80 de 1993.

2.2.1.3 En lo que hace a fallos en donde el objeto del contrato es una obra pública, igualmente se presentarán las diferentes alternativas con que el Consejo de Estado ha

⁵⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 4 de julio de 1997 (Exp. 10030). Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque.

⁵⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 11 de diciembre de 1984 (Exp. 4070). Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

⁵⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 23 de junio de 2010 (Exp. 18348). Consejero ponente: Gladys Agudelo Ordoñez.

fallado casos similares frente a omisiones presupuestales. Con ocasión de la expedición de la Ley 80 de 1993, es necesario comentar el registro histórico que dio origen al desarrollo jurisprudencial de la acción de enriquecimiento sin causa o *actio in rem verso* en materia de obra pública, para identificar los hechos que originariamente se presentaron en esta materia y que generaron una línea jurisprudencial en la época y con el paso del tiempo al no conocer el origen de la figura terminó la jurisprudencia mezclando la esencia de las acciones indemnizatorias (contractual, reparación directa, restablecimiento del derecho) con la compensatoria, que por esencia es el enriquecimiento sin causa.

El Congreso de la República, el 20 de enero de 1982, expidió la Ley 18⁵⁹ en donde se autorizaba pagar al entonces Fondo Vial Nacional-Ministerio de Obras Públicas y Transporte unos montos de dinero establecidos en el texto de la citada Ley, a particulares que habían ejecutado obras a favor del Estado bajo tres modalidades: obras sin contrato, obras ejecutadas por fuera del plazo del contrato y obras ejecutadas por encima del valor del contrato. En otras palabras, fue la manera como el Gobierno Nacional intentó pagar los hechos cumplidos que se habían generado.

La citada ley fue demandada en acción pública de inconstitucionalidad por un ciudadano ante la Corte Suprema de Justicia, la cual en Sala Plena⁶⁰, declaró inexecutable en su totalidad la Ley 18 de 1982, por la cual se autorizaban tales reconocimientos. Este pronunciamiento judicial tiene especial importancia por el contenido de la declaratoria de inexecutable para efectos de esta investigación. Las consideraciones de la Corte, en primer lugar, entran a deducir la validez de estos reconocimientos frente a los preceptos constitucionales vigentes en la época, los artículos 210, 203, 120, 76 numeral 11, ord. 5 del art. 78 de la Constitución Política de 1886, normatividad esta que al igual que hoy por su contenido prohibía incluir en la ley de apropiaciones partidas que no estuvieran incluidas en leyes anteriores destinadas a cumplir los planes y programas de desarrollo o créditos judicialmente reconocidos.

⁵⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 18 (20, enero, 1982). Por la cual se autorizan reconocimientos. Diario oficial. Bogotá D.C., no. 35937.

⁶⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia de 21 de octubre de 1982 (Exp. 984). Magistrado Ponente: Luis Carlos SÁCHICA.

La Corte considera, para el evento en que las obras ejecutadas se dieron con posterioridad al vencimiento del plazo pactado en los contratos, que el Congreso no puede subsanar tal irregularidad, se argumentó que no cabe la legalización de obras ejecutadas después de vencido el contrato; lo exige una decisión judicial. Para el segundo evento, el exceso de la cuantía contratada inicialmente, tampoco la Corte considera viable su legalización pues no hay estipulación previa contractual contenida en un contrato adicional o de reajuste; y para el tercer evento, obras no contratadas no es una situación prevista en la Constitución ya que solo cabe el pago de créditos judicialmente reconocidos con arreglo a la ley preexistente, lo que no se cumple en el caso.

Finalmente, la Corporación señala en el mencionado fallo: “De otro lado, aunque la ley que se juzga tiende a subsanar un enriquecimiento sin causa por parte del Estado, como lo formuló la exposición de motivos del respectivo proyecto [...] la situación debe ser deducida en un proceso judicial y no directamente por la ley, ni menos por los mecanismos administrativos que se previeron en ella como la comisión antes mencionada”⁶¹.

Sin lugar a dudas, la sentencia de la Corte es certera y clara en abordar el problema del hecho cumplido. En este fallo de constitucionalidad advierte que estos eventos solo se pueden ventilar en un pleito judicial, pero sí enmarca el título jurídico de imputabilidad de responsabilidad para el reconocimiento económico dentro del cual el juez debe fallar el enriquecimiento sin causa, fuente primigenia del derecho.

Proferido este fallo algunos contratistas procedieron a demandar y con algunos de los fallos citados en esta investigación, a saber:

Dentro del tercer grupo de la Ley 18 de 1982, (obras ejecutadas por encima del valor del contrato) se relacionaba el contrato 28-72 y sus adicionales 451-73,177-4,389-74,100-75,230-75,425-75 y 152-76 Contratista Mora Mora y Cía. Ltda. Turística Gairaca,

⁶¹ *Ibíd.*

Neguanje y Cinto, el Consejo de Estado falla en sentencia de 12 de marzo de 1987⁶², el fallo fue condenatorio para el Fondo Vial Nacional por no existir contrato adicional. Se configuraron todos los supuestos de hecho de un enriquecimiento sin causa y se determinó que el contratista solo podía exigir una indemnización por una acción de esta naturaleza, lo condenado fue en valor adeudado actualizado con el índice de precios al por mayor y no al consumidor por la actividad de la empresa, negando los costos de administración por no mediar los contratos adicionales (el Magistrado Jorge Valencia Arango salva el voto indicando que la acción era la contractual y no se requería contrato adicional, por cuanto la obra ejecutada estaba dentro del objeto del contrato y bastaba la autorización del inspector de obra).

Dentro de este mismo grupo tres, se relacionaba en la Ley 18 de 1982, el contrato 491-77 y sus adicionales 276-78 y 189-79, contratista CONIC Ltda. Carretera Bucaramanga – Barrancabermeja, Sentencia de 6 de agosto de 1987⁶³, cobra el contratista las actas de obra 12A, 12B, 12C, 13, 14, 15, 16, 17 del citado contrato, inexplicablemente el Consejo de Estado en el punto a) de la parte resolutive afirma que la acción contractual era la correcta y realiza a partir del literal c) una nueva postura discrepando de la expuesta por la Corte Suprema de Justicia en el fallo ya comentado, a partir de la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 18 de 1982, y pasa a sostener:

[...] la mayor cantidad de obra que resulte por encima del estimativo inicial en los contratos de obras celebrados a precios unitarios, no implica, en principio, en forma alguna cambio de objeto ni cambio de valor, porque en este tipo de contratos sólo podrá hablarse en este último cambio, cuando la modificación se hace en alguno o alguno de los precios unitarios convenidos. Sucede en esto algo diferente a lo que se observa en los contratos de precio alzado, en los que en la variación en su valor tiene en cuenta el valor global del mismo. Se infiere de lo escrito, que la obra ejecutada quedó cobijada con los contratos celebrados y dentro de los precios pactados. De no ser esa mayor cantidad de obra ejecutada podría considerarse como complementaria. Y también estaría justificada con los contratos celebrados (ver cláusula vigésima primera) ...los contratos aquí analizados se celebraron a

⁶² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 12 de marzo de 1987 (Exp. 4101). Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

⁶³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 6 de agosto de 1987 (Exp. 3886). Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

precios unitarios y con un objeto específico que muestran sólo aparentemente una cantidad de obra a ejecutar, pero no una definida [...] ⁶⁴

Para efectos de este análisis parece importante transcribir la cláusula de contrato que se transcribe en el fallo:

CLAUSULA CUARTA. Valor y Fondos. Para Efectos fiscales y legales el valor del presente contrato se fija en la suma de \$ 56.997.808.35 moneda corriente, resultante de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios como se detalla en la cláusula quinta. Parágrafo. Las partes contratantes declaran que cuando quiera que por razón del cambio de especificaciones, variación de cantidades de obra u otras causas imprevistas, haya necesidad de modificar el valor o el plazo del presente contrato, celebrarán un contrato adicional de acuerdo con las disposiciones legales vigentes. Los precios unitarios del contrato adicional deberán ser los mismos del contrato principal, con excepción de lo expuesto en las normas que gobiernan la materia ⁶⁵.

Con los argumentos anteriores el Consejo de Estado en esta oportunidad ratifica que la acción es la contractual y hace mención que se acoge al salvamento de voto del fallo de Mora Mora contra el Fondo Vial Nacional comentado anteriormente.

Finalmente, falla condenando al Fondo Vial Nacional al valor debido de las actas debidamente actualizado y a los intereses puros o técnicos sobre los valores históricos, de donde el 6% es el lucro cesante.

En este mismo grupo de sentencias, el contrato principal 403 -73 y sus adicionales 422-74, 71-77 y 86-78, contratista Sococo S.A carretera Medellín –Bogotá sector Rio Samaná - Río claro, Sentencia 25 de octubre de 1991⁶⁶. En esta oportunidad señala que la pretensión del contratista debe manejarse por enriquecimiento sin causa. No admite la acción contractual ni la nulidad y el restablecimiento del derecho ni mucho menos la acción de simple nulidad, y afirma que por tratarse el enriquecimiento sin causa como

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia 25 de octubre de 1991 (Exp. 6103). Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández.

fuente de las obligaciones la acción adecuada es la de reparación directa y en este caso despachó desfavorablemente la acción por caducidad.

También en este acápite de la Ley 18 de 1982, se cita al contrato 356-75 y sus adicionales 75-76,395-76.224-77, 417-77.651-77 y 207-78, contratista Ingecos carretera Puerto Salgar-Puerto Boyacá, Sentencia de febrero 22 de 1991⁶⁷. Considera la Corporación que no hay discusión en que las obras fueron ejecutadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante pero no fueron canceladas, procede a reiterar la jurisprudencia de Mora Mora de marzo 12 de 1987 y la de agosto 6 de 1987 y concluye que las obras encajan dentro del objeto contratado las acciones derivadas de su ejecución y cumplimiento son típicamente contractuales. En cambio cuando las obras no quedan comprendidas dentro del contrato y se ejecutan bajo el apremio de la entidad y este exceso no tiene respaldo en un contrato, su controversia no puede ser contractual y de manera textual señala:

[...] Para la sala el Fondo adeuda la suma indicada, tal como lo sostiene el ad-quo. Es un hecho plenamente establecido que el contratista ejecutó un trabajo y éste fue recibido a satisfacción por la entidad. Trabajo que debió respaldarse en el contrato adicional 378 que no logró perfeccionarse pese a las gestiones del contratista y por la conducta asumida por el fondo. (...) se sostuvo en las sentencias antes citadas que en casos como el aquí estudiado, más que una controversia de tipo contractual, se da un litigio indemnizatorio por enriquecimiento sin causa, Y ahora aunque la Sala no pretende variar este enfoque, desea atenuarlo del rigor, dado que tampoco aquí se puede establecer⁶⁸.

Finalmente la corporación en una redacción confusa, se pone de parte del Tribunal para confirmar la sentencia apelada, por cuanto lo que se presentó fue un enriquecimiento sin causa y la acción debe ser la *actio in rem verso*, para no obligar al demandante a incoar una acción contractual sin contrato perfeccionado. Retoma el término de caducidad de la

⁶⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 22 de febrero de 1991 (Exp. 5618). Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

⁶⁸ *Ibíd.*

acción extracontractual para fallar el pleito y la fórmula de la condena es la misma de la Sentencia de agosto 6 de 1987.

Existen otras sentencias que están relacionadas con la ejecución de obras públicas que no tienen el antecedente histórico del entonces Ministerio de obras Públicas y Transporte pero que también encierran la misma problemática, *vr.gr.* Sentencia de 9 de marzo de 1984⁶⁹, en donde el ICBF es demandado por unas obras adicionales construidas a la bodega de la planta de Bienestarina de Paipa, no se suscribió el contrato adicional y no medió reserva presupuestal, y sin embargo, las obras fueron recibidas a satisfacción. Es condenada la entidad a la actualización de lo debido y a los intereses del 24%, bajo el entendido que se trata de una responsabilidad extracontractual a título de enriquecimiento sin causa.

La Sentencia de 12 de marzo de 1987⁷⁰, obras ejecutadas en una carretera por encima del valor del contrato frente a una emergencia invernal. En la parte considerativa del fallo se rechaza la posibilidad de obra adicional señalando que es una obra por fuera del contrato presentándose un enriquecimiento sin causa; en consecuencia, se procede a condenar por el valor adeudado actualizado.

La Sentencia de 8 de mayo de 1995⁷¹, en donde se demandó al SENA por unas obras adicionales al contrato de obra, provocadas por el aumento en la profundidad de la cimentación, aumento de acero estructural modificándose el costo del acta dichas obras fueron autorizadas por la interventoría y recibidas a satisfacción; la necesidad de ejecutar estas obras estaban dadas para dar continuidad al flujo vehicular. Sin embargo, estas obras no contaron con respaldo presupuestal. En esta oportunidad el Consejo de Estado falla como acción de enriquecimiento sin causa, teniendo como soporte el artículo 831 del

⁶⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 9 de marzo de 1984 (Exp. 2850). Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

⁷⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 12 de marzo de 1987 (Exp. 4101). Op. cit.

⁷¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 8 de mayo de 1995 (Exp. 8118). Consejero ponente: Juan de Dios Montes Hernández.

Código de Comercio, bajo el entendido que el contratista es comerciante y se condena a la actualización de lo debido más los intereses del 6% sobre el valor histórico.

En la Sentencia del 18 de julio de 2002, se demanda el pago de obras adicionales al contrato de obra suscrito con el Municipio de Ocaña. Al respecto la Sala estimó que:

[...] a consecuencia de que en el desarrollo de las obras del Interceptor se presentaron gran cantidad de obras no previstas las cuales fue necesario entrar a ejecutar, puesto que son prioritarias y forman parte integrante del proyecto, generaron (sic) la necesidad de proceder a la ejecución de mayores cantidades de obra en relación a excavaciones, retiro de escombros, rellenos, construcción de pavimentos, entre otros, puesto que la no ejecución de los mismos, generaba problemas de tipo social y del tráfico vehicular, debido a que algunas excavaciones quedan inconclusas, así como los rellenos; siendo esto contraproducente para la entrega de la avenida por parte del contratista y de la interventoría, por lo que se tomó la decisión de ejecutar los mismos, evitando con ello mayores contratiempos⁷².

La corporación concluye en su estudio que el pago que se reclama corresponde realmente a mayores cantidades de obra ejecutada, y no a obras adicionales y reitera la posición según la cual:

[...] cuando las obras encajan dentro del objeto del contrato, las acciones derivadas de su ejecución y cumplimiento son típicamente contractuales. En cambio, cuando ciertas obras no quedan comprendidas en él y se ejecutan a instancia de la entidad pública y bajo su apremio, ese exceso no tiene su respaldo en un contrato y su controversia no debe ser contractual. [...]. En otras palabras, cuando debiéndose celebrar el contrato adicional no se hace y pese a eso se ejecutan las obras, la controversia, de contenido indemnizatorio, encuentra su apoyo en el enriquecimiento causado⁷³.

Finalmente, la Sentencia de 14 de abril de 2010⁷⁴, ante la demanda al Distrito Capital por obras adicionales no canceladas y no previstas en la construcción de un paradero y recuperación de un tramo que garantizara la continuidad del flujo vehicular. Pese a que existía la orden del interventor y las citadas obras fueron recibidas a satisfacción, la

⁷² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 18 de julio de 2002 (Exp. 22178). Consejero ponente: Alier Hernández.

⁷³ *Ibíd.*, (Subrayado por las autoras).

⁷⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 14 de abril de 2010 (Exp. 17214). Consejero ponente: Ruth Stella Correa.

Corporación considera, con base en una cláusula genérica del contrato que permitía pagar las obras adicionales con el mismo precio unitario del contrato, que se debe condenar al pago del daño emergente por el valor de las obras actualizado más los intereses contemplados en la Ley 80 de 1993, como lucro cesante.

De esta muestra se deduce que en principio las decisiones jurisprudenciales están encaminadas a reconocer incumplimiento por parte de la administración, pero con una clara mezcla entre un incumplimiento contractual con un hecho de la administración dañoso que le debe ser compensado al particular.

2.2.2 La carga de esperar la culminación de las gestiones presupuestales antes de ejecutar la obra era del contratista, no existe responsabilidad del Estado. Es un hecho culposo de este por no considerar las previsiones legales sobre la materia y por tanto debe perder lo invertido en la ejecución del contrato. Se traslada el daño antijurídico a la entera responsabilidad del particular, lo cual lo expone a perder el derecho de reclamar la reparación económica por su inversión.

Existen dos fallos de gran importancia y que merecen un comentario especial. El primero de ellos es el fallo del Consejo de Estado del 18 de febrero de 2010⁷⁵. Las circunstancias básicas del presente caso, son las siguientes:

El Departamento de Casanare celebró y feneció con la solicitante sociedad TRACTO LTDA, un contrato de obra el cual fue liquidado definitivamente sin salvedad ninguna.

La Administración Departamental autorizó al contratista TRACTO CASANARE LTDA unas obras complementarias y presuntamente la Administración Departamental con el fin anotado en el hecho anterior celebró y perfeccionó un contrato adicional de obra pública, con base en el cual le fue cancelado el anticipo.

Finalizada la obra el interventor se negó a recibirla argumentando que la relación contractual realizada como adicional no era la indicada por cuanto el contrato principal ya se encontraba liquidado y por lo tanto no procedía el adicional, razón por la cual no le cancelaron el saldo, pese a que la sociedad contratista cumplió debidamente sus obligaciones contractuales ejecutando la obra correspondiente.

⁷⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 18 de febrero de 2010 (Exp. 15596). Op. cit.

En primera instancia se denegaron las pretensiones y se declaró nulo el contrato adicional, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, porque la liquidación de este último impedía que se le hicieran adiciones y si de lo que se trataba era de hacer un nuevo contrato de menor cuantía ha debido seguirse el procedimiento previsto en el artículo 3 del Decreto 855 de 1994. Adicionalmente en el contrato adicional no se estipularon cuáles eran las obras adicionales que se iban a realizar, simple y llanamente se dijo que lo que se modificaba era el precio y el plazo para la entrega de la obra.

Tampoco se condenó a restituciones mutuas porque no había prueba en el plenario de la construcción de obras adicionales u obras nuevas que pudieran beneficiar a la Administración Departamental, y se pudo establecer que en la celebración del contrato “hubo una serie de irregularidades que pueden comprometer la responsabilidad penal o disciplinaria de los funcionarios”, se expedirían copias para que los organismos correspondientes iniciaran las investigaciones de rigor.

Del acervo probatorio recopilado, en la segunda instancia se pudo establecer:

Que no existen observaciones ni constancias que hayan sido anotadas en el acta por parte del contratista, de lo cual se concluye, de manera inequívoca, que la sociedad contratista, parte demandante en el presente proceso, aceptó en su integridad la liquidación en los términos comprendidos en el acta.

Casi dos meses después de la liquidación del contrato se solicitó la elaboración de un contrato por una mayor cantidad de obra y por un valor superior al comprendido en el mismo contrato principal.⁷⁶

Como consecuencia de lo anterior y para decidir el caso se tuvieron de presente las siguientes consideraciones:

- ❖ Alcances y efectos del acta de liquidación bilateral del Contrato.
- ❖ Existencia o inexistencia de la “Adición al Contrato de Obra Pública”.
- ❖ Enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones en el caso concreto.

⁷⁶ *Ibíd.*

Siendo estos puntos relevantes para efectos de este estudio, porque colocan de presente las fallas en que incurrió el contratista que motivaron el fallo en su contra, precisamente por pretender lucrarse de su propia culpa.

El argumento central de Fallo por negar reconocimiento es:

De conformidad con lo prescrito en el inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio: “Será *inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales*”.

Adicionalmente, también el juzgador considero que de haber llegado a tener existencia la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 – 95” sería posible declarar la nulidad absoluta del mismo por causa ilícita, entendida en los términos correspondientes del Código Civil: “Artículo 1524.- No puede haber obligación sin causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”.

Acerca del Enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones en el caso concreto tampoco considera esta posibilidad como posible por la clara participación directa del contratista en la situación irregular que dio lugar a la supuesta realización de las obras sin cumplimiento de las prescripciones legales⁷⁷.

Ciertamente la Corporación ante la serie de violaciones de la ley cierra cualquier posibilidad de reconocimiento incluso a título de enriquecimiento sin causa.

El segundo caso, es el contenido en el fallo del 30 de marzo de 2006 del Consejo de Estado, en el cuál “Decide la Sala la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio logrado por las partes en el trámite ante esta instancia”⁷⁸.

En términos generales y relevantes para esta investigación, en ejercicio de la acción de reparación directa, la sociedad INTERASED Ltda. Demandó a CAPRECOM, por su supuesto enriquecimiento sin justa causa, en razón de los servicios de aseo y jardinería que no le fueron pagados a la demandante.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 30 de marzo de 2006 (Exp. 25662). Op. cit.

El asunto básico de la reclamación es el pago de los servicios de aseo prestado por la Sociedad INTERASED LTDA. Después de finalizada la prórroga del contrato de aseo, previa solicitud verbal del funcionario encargado, advirtiendo la sociedad demandante que los servicios prestados no le serían cancelados cuando presentó la factura la cual fue devuelta sin trámite por no existir soporte contractual, las partes acordaron conciliar el valor adeudado y sobre esto el Consejo de Estado realizó un interesante análisis para improbar la conciliación en lo que al análisis de la acción se refiere, que se puede resumir de la siguiente manera:

- ❖ La Corporación parte del acervo probatorio que da cuenta que entre las partes se celebró un contrato para la prestación de los servicios de aseo y jardinería, cuya duración inicial fue de seis meses, que después se prorrogó por tres meses más, y que posteriormente se prestaron los servicios ofrecidos por la actora, por un periodo de dos meses y trece días adicionales, termino para el cual las partes no celebraron ningún contrato estatal.
- ❖ CAPRECOM en principio aparece enriquecido sin causa, pues recibió un servicio por el cual no pagó, y el fundamento con el cual las partes pretendieron celebrar la conciliación en estudio.
- ❖ El Consejo de Estado encontró que no se encontraba demostrado el enriquecimiento sin causa por parte de la entidad accionada, por varias razones:

La subsidiariedad de la *actio in rem verso* existe ante la seguridad que ofrece un ordenamiento jurídico y un desarrollo social, en el cual se han aumentado los mecanismos que evitan y remedian posibles situaciones injustas y

[...] tanto así ha evolucionado nuestra sociedad, que en los casos de contratos celebrados con la administración pública, el ordenamiento jurídico ha previsto la misma protección que tiene cualquier negocio jurídico particular, más las normas específicas que buscan la satisfacción y protección del servicio y patrimonio públicos.

[...]

Tomando en cuenta que las solemnidades requeridas para la existencia del contrato administrativo, son una garantía que cubre intereses públicos y particulares, pues

con ellas se garantizan la transparencia en el manejo de los recursos públicos, se definen claramente las necesidades públicas por satisfacer, y, entre otras más, se garantiza a los prestadores de bienes y servicios de la administración, los deberes y derechos que nacen de dicha prestación; la Sala advierte, al comparar lo anterior con el fundamento del “enriquecimiento sin causa”, que el estado evolutivo de las relaciones “jurídicamente relevantes” entabladas con la administración pública, si bien prevé posibles injustos desequilibrios patrimoniales, ofrece diversas formas de evitar y remediar estas situaciones, sin acudir a la teoría del “enriquecimiento sin causa”⁷⁹.

En este punto cabe aclarar, que la figura del enriquecimiento sin causa es un elemento corrector de posibles situaciones injustas, cuya prevención y remedio han escapado de las previsiones jurídicas. De esta manera, el enriquecimiento sin causa nace y existe actualmente, como un elemento supletorio de las disposiciones normativas, que provee soluciones justas en los eventos de desequilibrios patrimoniales injustificados, no cubiertos por el derecho.

Teniendo en cuenta los planteamientos anteriores, el Consejo de Estado indica que el contrato estatal es solemne, así se trate de contratos sin formalidades plenas y el contratista, al haber celebrado un contrato anterior, conocía los requisitos y solemnidades necesarias del negocio jurídico y no podía alegar ignorancia de la ley. Además, ubica la causa del empobrecimiento del demandante, precisamente en la falta de cumplimiento de las formalidades y requisitos establecidos en la Ley 80 de 1993, y por esta razón, perdió los amparos y la protección del Estado para sustentar su reclamación y por lo tanto debe asumir las consecuencias de su actuar antijurídico.

Como conclusión el Consejo de Estado advierte que las características tradicionales de la *actio in rem verso* son: “i) un enriquecimiento del patrimonio de una persona; ii) un empobrecimiento del patrimonio de otra persona, el cual es correlativo al enriquecimiento de la primera, y; iii) que las anteriores situaciones se hayan presentado sin una causa jurídica eficiente”⁸⁰. Se debe sumar que la falta de causa para el empobrecimiento no puede ser producida por el mismo empobrecido, por cuanto estaría sacando provecho de

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ *Ibíd.*

su propia culpa. Se insiste que el contrato administrativo en Colombia es un tema totalmente reglado y el demandante en este caso, consintió en omitir los requisitos de la contratación por tanto no puede alegar el enriquecimiento sin causa del Estado para lograr su reparación económica y bajo este concepto la Corporación procedió a improbar el acuerdo conciliatorio.

En este pronunciamiento el Consejo de Estado registra un cambio jurisprudencial importante y es pasar de los planteamientos de reconocimiento del enriquecimiento sin causa contemplado en los fallos en el Consejo de Estado en donde, en todos ellos, bastaba la ausencia de causa jurídica para el traslado patrimonial para entrar a reconocer o a devolver lo que injustamente ha incrementado un patrimonio determinado para sostener que cuando el contratista o particular acepte prestar un servicio o ejecutar una obra con pleno conocimiento de las normas que gobiernan estas contrataciones y en consecuencia asume actuar sin la protección del ordenamiento jurídico no puede aprovecharse de su propia culpa para que se le reintegre lo que perdió por violar la ley.

2.2.3 El Estado tiene responsabilidad en las omisiones presupuestales contractuales basado en el principio de enriquecimiento sin causa. En esta posición no se entra a analizar el actuar de la administración desde el punto de vista de la culpa. No es relevante si se actuó con culpa o sin ella, basta con considerar los traslados patrimoniales con independencia de las omisiones al cumplimiento de las normas. Bajo estos conceptos la jurisprudencia se ha pronunciado de diversa forma:

- ❖ La circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no ha sido generada por un contrato o un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito, o por disposición expresa de la ley.
- ❖ La razón que justifique un traslado patrimonial, que no tenga un sustento fáctico o jurídico que lo permita considerar ajustado a derecho.
- ❖ Que el enriquecimiento sin causa se haya presentado sin causa eficiente.

- ❖ Es la falta de razón jurídica que justifique el empobrecimiento que es injusto o sin causa.
- ❖ Es un desequilibrio económico que no se origina en ninguno de los eventos establecidos en el artículo 1494 del Código Civil.
- ❖ Es la ausencia de derecho del demandando para conservar el acrecimiento de su patrimonio. Y últimamente, el requisito introducido por la jurisprudencia en el sentido que no se vaya a lucrar el demandante de su propia culpa.

Dentro de esta categoría, podemos citar algunos fallos importantes a saber:

Con escrito de 25 de septiembre de 1985, en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., la sociedad OLIVETTI COLOMBIANA S.A.", solicitó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas teniendo como hechos fundamentales:

-La sociedad "OLIVETTI COLOMBIANA S.A. en su carácter de distribuidora exclusiva de las máquinas de Oficina marca "OLIVETTI" le prestó al DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTÁ (SECRETARIA DE EDUCACION) el servicio de MANTENIMIENTO correspondiente. En 1982 las partes acordaron un nuevo convenio de mantenimiento.

-La sociedad demandante, por todos los medios solicitó y requirió en distintas oficinas de la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá, le fueran cancelados los servicios prestados.

-La sociedad actora fundamenta su demanda en los artículos 86 del C.C.A. del Código de Comercio y 2304, 2313, 2120 y 2143 del Código Civil. Afirma que no se dio una relación contractual porque no se alcanzó a perfeccionar el contrato respectivo, 'no nació a la vida jurídica por falta de requisitos fundamentales' y, por consiguiente, como se trata de una situación de hecho, 'su pago solamente podrá efectuarse previa decisión del órgano jurisdiccional'⁸¹.

⁸¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 6 de septiembre de 1991 (Exp. 6306). Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández.

En esta providencia el Consejo de Estado efectúa un análisis de la figura de enriquecimiento sin causa, y posteriormente, la alta corporación establece los elementos fácticos del caso en concreto para que prospere esta acción.

La corporación indicó que, el Distrito Especial de Bogotá-Secretaría de Educación- obtuvo un aumento patrimonial, un enriquecimiento traducido en haber recibido y disfrutado los servicios de mantenimiento para las máquinas de escribir de esa dependencia, durante un lapso de dos años sin hacer erogación de ninguna naturaleza, en perjuicio o con afectación y empobrecimiento patrimonial correlativo de la firma OLIVETTI COLOMBIANA S.A. en cuanto ésta dejó de percibir el valor de sus servicios.

Es evidente la relación de causalidad entre el beneficio patrimonial del Distrito Especial de Bogotá y la afectación económica de la sociedad actora, hasta el punto que sin la actividad de ésta el Distrito no se habría beneficiado.

No encuentra el fallador, ninguna razón legal que justifique esa alteración patrimonial. Los contratos que hubieran podido llegar a constituirse en dicha causa no surgieron a la vida jurídica, de donde también deriva la imposibilidad de la sociedad demandante para ejercitar otro tipo de acción.

Encuentra la Sala acertado el criterio del a - quo al abstenerse de condenar al pago de los intereses corrientes sobre el monto o valor del indebido enriquecimiento como lo pidió la sociedad demandante, porque en casos como el de estudio, la condena que se produce es a título de restitución, en ningún caso de indemnización por perjuicios, es decir, que la condena la circunscribe a la actualización de acuerdo al índice de precios al por mayor.

El Consejo de Estado, sin entrar a detenerse si estos eventos encajan o no en un incumplimiento contractual del Estado, de manera directa imputaba el reconocimiento del enriquecimiento sin causa a título compensatorio condenando coherentemente solo a las actualizaciones correspondientes. Es importante destacar que en ese momento para definir la caducidad de la acción, aplicó el término que regía en la normatividad vigente, de tres años para la acción de reparación directa condenando bajo el concepto de

compensación económica del daño, esto es, sin reconocer las utilidades proyectadas por los contratistas, mediante la figura del enriquecimiento sin causa.

También se puede mencionar el fallo del Consejo de Estado de fecha 29 de enero de 1998⁸², donde expone lo siguiente:

En este caso, se decidió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 18 de mayo de 1995, mediante la que se dispuso “negar las pretensiones de la demanda”.

Las pretensiones de la acción contractual fueron que se declarase que entre el FONDO DE SEGURIDAD Y EDUCACION VIAL (FONDATT) y la Sociedad OTI DE COLOMBIA LIMITADA existió un contrato privado con cláusula de caducidad, cuyo objeto fue la transmisión de pautas publicitarias de la campaña institucional “Por la paz en las vías”, por las dos cadenas comerciales de televisión, dentro de los espacios asignados para la transmisión del Campeonato Mundial de Fútbol Italia 90 entre el ocho (8) de junio y el ocho (8) de julio de 1990 y con base en esto reclama que se condene al FONDATT a pagar a la Sociedad OTI DE COLOMBIA LTDA., el valor de los perjuicios de orden material, daño emergente y lucro cesante que le fueron ocasionados, de conformidad con lo que resulte probado en el proceso, monto que ha de ser actualizado en su valor.

Los hechos que generaron el hecho cumplido en este caso son los siguientes:

- ❖ Entre el Fondo de Seguridad y Educación Vial de la Secretaría de Tránsito y Transportes de Santafé de Bogotá, D.C. y la Sociedad OTI de Colombia Ltda. se pactó la transmisión por las dos cadenas de televisión de unas pautas publicitarias dentro de la campaña institucional “Por la paz en las vías”, pautas publicitarias que habrían de ser difundidas durante el Campeonato Mundial de Fútbol Italia 90.

- ❖ El contrato no se habría firmado, por cuanto el director de la época habría sido remplazado en su cargo, sin embargo de lo cual la entidad demandante efectuó

⁸² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 29 de enero de 1998 (Exp. 11099). Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández.

las transmisiones a las que se había obligado, y posteriormente le fue negado el pago de sus servicios por cuanto la nueva administración se negó a reconocerlos ante la falta de contrato escrito, invocando para ello la aplicación de los arts. 109, 209 y 482 del Código Fiscal Distrital, contenidos en el Acuerdo No. 6 de 1985, normas que en su orden disciplinan la autorización para el ordenador del gasto de realizar pagos únicamente en lo relacionado con compromisos que se hayan perfeccionado mediante el lleno de los requisitos legales, la observancia del procedimiento para la celebración de los contratos de derecho privado de la administración distrital y la prohibición de ejecutar contratos sin el lleno de los requisitos previstos en la ley y en el correspondiente acuerdo.

Por su parte, el Tribunal negó las pretensiones sobre la consideración de la ausencia de documento escrito contentivo del convenio celebrado entre las partes, no obstante, aceptar que entre ellas se convino la prestación del servicio de la transmisión de las pautas publicitarias y que por ende existió acuerdo de voluntades.

El Consejo de Estado manifiesta que la ausencia de la totalidad de los trámites necesarios para la formalización escrita del convenio y su posterior perfeccionamiento, configura ausencia del contrato, o en otros términos, inexistencia del negocio jurídico. De esta forma, al no haberse cumplido con los respectivos requisitos, la administración no podía ejecutar el contrato. No obstante, de pruebas allegadas en el proceso, pudo determinar que las partes acordaron los elementos esenciales del negocio a tal punto que los directivos de la entidad demandada ejecutaron prestaciones que a ellos convenían.

Así, la alta corporación manifestó lo siguiente sobre el principio de buena fe:

[...] En últimas, se trata simplemente de dar aplicación a la cláusula general de buena fe, mediante la valoración del comportamiento de las partes, que estando concorde con los postulados de la confianza, se encuentra protegida en el precepto constitucional citado y que en el caso concreto aparece debidamente acreditada, a juzgar por los antecedentes que trajeron de consecuencia que la entidad demandante prestara un servicio en beneficio de la parte demandada.

En este orden de ideas la parte demandada al haber realizado actos preparatorios previos al perfeccionamiento del negocio no puede sustraerse de aquellos deberes

de corrección y lealtad exigibles de todos aquellos que participan del tráfico jurídico. De hecho “la ruptura injustificada por una de las partes de los tratos que preceden al perfeccionamiento del negocio jurídico, es el fundamento de la obligación indemnizatoria, precisamente en aplicación del principio de la buena fe, entendida naturalmente como corrección y lealtad, que imponía en el desarrollo de las negociaciones un deber de información de una parte a la otra sobre las circunstancias que pudieran dar al traste o frustrar el negocio proyectado”.

Y concluyó el Consejo de Estado:

La parte demandada en momento alguno advirtió o informó de la imposibilidad de suscribir el contrato y más bien por el contrario de su conducta se infiere desidia y falta de seriedad lo que desde luego constituye un comportamiento contrario a la buena fe que ha de presidir dicha etapa negocial, por ende fundamento suficiente para reconocer la indemnización de perjuicios causados a la otra parte⁸³.

El Consejo de Estado, al considerar que no existió contrato despachó negativamente las primeras pretensiones, avalando la quinta al encontrar probada la indemnización de perjuicios por enriquecimiento sin causa y en aplicación de los postulados de buena fe.

Así las cosas y estando acreditado el valor de la prestación de los servicios de las transmisiones de televisión que las partes convinieron, así como la época en que fueron realizadas y en que habrían de ser pagadas, se reconoció éste valor debidamente actualizado.

El tercer fallo de esta naturaleza fue el proferido el 11 de octubre de 1991⁸⁴.

En este caso el Consejo de Estado tuvo que desatar el recurso de apelación interpuesto tanto por el Fiscal Primero como por el Procurador Judicial de la parte actora, contra la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 3 de noviembre de 1988, que declaró probada la caducidad.

Por su parte los hechos que generaron el hecho cumplido en este caso son:

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 11 de octubre de 1991 (Exp. 5686). Consejero ponente: Julio César Uribe Acosta.

- ❖ La gerencia del establecimiento público departamental "Beneficencia del Valle" debidamente autorizado por la junta directiva, convino con el actor la prestación de servicios de publicidad por los diferentes medios de comunicación social (prensa, radio etc.), para promocionar la venta de billetes. Publicidad motivada por el aumento del premio mayor de la Lotería, lanzando la campaña publicitaria conocida con el nombre "Que Totazo", con una amplia difusión y cubrimiento en todos los medios de comunicación social.

- ❖ Finalmente, cesaron los pagos por orden de la nueva administración del Gobierno Departamental y la gerencia de la Beneficencia del Valle, causándole al actor grave perjuicio moral y económico, tales como, no poder cumplir con sus compromisos, ocasionándole la suspensión de créditos publicitarios, viéndose obligado a recurrir a préstamos extrabancarios y giros de cheques post datados.

La alta corporación resalta que la sentencia proferida por el a-quo será confirmada pues el ad -quem encuentra que en el sub lite quedó debidamente demostrada la caducidad de la acción. Lo importante es destacar la manera como el Consejo de Estado se refiere al asunto:

A la luz del acervo probatorio que se deja en listado, y que la Sala valora en todo su universo, se impone concluir que las facturas impagadas, por un monto de (\$7.357.364.00), no encuentran respaldo en ninguna RELACION CONTRACTUAL, y, por lo mismo, la presente controversia no tiene esa naturaleza. Ni de la prueba testimonial, ni de la pericial, ni del mismo interrogatorio de parte que se le hizo al demandante, señor HENNIO GARCIA aparece el nacimiento del acto jurídico, con sus requisitos esenciales de capacidad, consentimiento, objeto y causa. Todo el acervo probatorio muestra una SITUACION DE HECHO, respecto de la cual la Sala se pronunciará más adelante⁸⁵.

Sobre el fenómeno, una vez ubicado el caso como una situación de hecho, sostuvo la corporación que de igual forma operó el fenómeno de la caducidad “pues cuando se

⁸⁵ Ibíd.

presentó la demanda ya habían transcurrido los tres años que la ley daba para instaurar la acción”⁸⁶.

Adicionalmente, el Consejo de Estado evidenció que al haberse desarrollado la relación comercial por medio de una relación de hecho se contraría la normatividad generando un fraude al derecho. Esto fue expuesto de la siguiente forma:

También que haya sido posible el manejo de una RELACION DE HECHO, contraria al derecho, desde diciembre de 1978 y hasta diciembre de 1980, esto es, durante dos años, eludiendo la normatividad que dispone que para los contratos de prestación de servicios superiores a tres (3) meses se requiere también el concepto del citado organismo y de la primera autoridad del departamento. Esa conducta no ajustada a la ley es la que permite concluir que hubo fraude al derecho. Por algo se enseña que éste consiste en una alteración de la finalidad que se orienta a contrariar, con un cierto resultado jurídico, admisible de suyo, la significación reconocida de otra figura jurídica distinta.

Nuevamente se encuentra la Sala frente a uno de los muchos casos en que tanto la administración como el particular demandante ponen en marcha la llamada HIPOTESIS DEL NO DERECHO, que lleva a las personas a obrar contra el derecho; para luego demandar que se les proteja, en la situación de hecho, que a su sola voluntad buscaron y crearon. Esa orientación dañina es la que lleva a los invasores de tierras a impetrar que se les conserve en la posesión quieta y pacífica de ellas, y al que toma lo ajeno a que no se le desconozca la situación de hecho que acaba de crear en perjuicio del verdadero dueño. Por ello los asesinos detenidos imploran que se les respete la vida, que ellos no respetaron; y los que optaron por manejar RELACIONES DE HECHO, con la administración, para no cumplir con las normas⁸⁷

Para finalizar, la corporación sostuvo que la teoría del enriquecimiento sin causa no puede ser invocada como fuente de obligaciones, sin reflexionar a fondo sobre la realidad fáctica que le sirve de apoyo. De este modo, la administración y el particular no pueden poner en marcha, a cada momento, relaciones de hecho, para eludir la normatividad sobre contratación administrativa, y con la mira puesta en que posteriormente se impetra de la justicia el reconocimiento económico correspondiente, gracias al ejercicio de la *actio in rem verso*.

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ *Ibíd.*

El último fallo que registramos relevante de esta categoría, es el proferido por el Consejo de Estado el 22 de julio de 2009⁸⁸, el cual señala que, de acuerdo con la orden de iniciación, contenida en la comunicación No. 17495 del 11 de junio de 1987, del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, la ejecución del objeto del contrato de interventoría tuvo su génesis el 16 de junio de 1987, momento a partir del cual se empezó a contar el plazo de 25 meses. El contrato tuvo varias adiciones en cuanto al valor y al plazo, contenidas en diferentes acuerdos de las partes. De otro lado, el plazo del contrato fue suspendido, tal y como consta en las actas de suspensión y reanudación suscritas el 31 de octubre y el 27 de noviembre de 1995, respectivamente y luego de sucesivas prórrogas del plazo de ejecución, en el Acuerdo No 137-24-87 del 28 de marzo de 2000, se definió consensualmente que aquél se extendería hasta el 30 de mayo de 2000.

Antes del vencimiento del término, y como quiera que la construcción de las obras objeto de la interventoría presentaban significativos retrasos por razones de orden público, demora en la aprobación de las licencias ambientales, y circunstancias climáticas, Integral S.A., mediante comunicaciones Nos. 181643 del 22 de febrero, 183025 del 10 de mayo, y 183364 del 26 de mayo de 2000, solicitó al INVIAS ampliar el plazo del contrato de interventoría. A comienzos del mes de mayo de 2000, la Subdirectora de Construcción del INVIAS, de manera verbal, informó al director del proyecto que existía una solicitud de apropiación presupuestal por \$330.000.000, oo, para la adición del contrato de interventoría, pero que debido a la circunstancia específica de no existir PAC, Integral S.A., debía comprometerse a no facturar hasta que esa situación se normalizara. Esta información originó la comunicación No. 183025 del 10 de mayo, en la que la sociedad contratista manifestó la necesidad de extender la vigencia del contrato de interventoría. Como consecuencia de la anterior situación, el INVIAS expidió el certificado de disponibilidad presupuestal No. 542 por valor de \$330.000.000, oo, calendado 23 de mayo de 2000.

La petición de ampliación del plazo fue reiterada por Integral S.A. al INVIAS el 31 de mayo de 2000, en comunicación No. C-0957-7-1264-00, en la que se expuso la necesidad de extender el plazo de vigencia del contrato hasta el 31 de diciembre de esa anualidad por las causas ahí precisadas ante lo expuesto y por se fijó hasta el 30 de mayo de 2000, ante la actitud asumida por el INVIAS, y por la continuidad del contrato de obra pública, Integral S.A. continuó prestando sus servicios.

Advierte el contratista interventor demandante que con la continuidad en la prestación del servicio de interventoría se logró, entre otros aspectos: i) evitar la paralización de las obras de construcción; ii) garantizar la construcción dentro de los

⁸⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 22 de julio de 2009 (Exp. 35026). Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

parámetros de calidad exigidos; iii) conservar el interés incorporado en este tipo de actividades, que no es otro que el público, el que demanda atención continua y eficiente.

Expresa además que Integral S.A., en la ejecución del contrato obró con el convencimiento de su retribución económica, y sus decisiones se fundamentaron en los comportamientos previos del INVIAS y en la confianza originada en esas expresiones de la entidad contratante.

El 21 de junio de 2000, el director de la interventoría fue citado a una reunión en la Subdirección de Construcción del INVIAS, en la que se le informó que el Director General de la entidad se negó a suscribir el contrato de ampliación del plazo, circunstancia por la que, el contrato había culminado el 31 de mayo.

En acta del 31 de agosto de 2000, Integral S.A., entregó la interventoría al Director Regional del INVIAS, y se levantó documento en el que se dejó constancia acerca de la prestación del servicio durante los meses de junio, julio y agosto.

Frente a la posición del contratista, plasmada en los anteriores puntos, INVIAS se defendió de la siguiente manera:

La sociedad demandante pretende que se cancelen actividades contractuales que nunca fueron autorizadas, puesto que si bien fue proferido certificado de disponibilidad presupuestal por valor de \$330.000.000, oo lo cierto es que esa sola circunstancia no obligaba a celebrar contrato adicional con la firma Integral S.A., ya que podía seleccionarse a cualquier otro proponente. De otro lado, señaló que de conformidad con el inciso sexto del artículo 58 del decreto - ley 222 de 1983, un contrato estatal no puede prorrogarse si el plazo está vencido, so pretexto de la celebración de uno de tipo adicional, ni se pueden pactar prórrogas automáticas.

Concluye el Consejo de Estado en la mencionada providencia:

El enriquecimiento sin justa causa es fuente directa de las obligaciones, en aquellos eventos en que sin existir un acto jurídico, ni un hecho ilícito como tal, existe un patrimonio que se enriquece a causa de otro que en la misma proporción se empobrece de manera injustificada, razón por la que se debe compensar dicho detrimento para el segundo.

Si no existe contrato estatal no es posible enmarcar la reclamación derivada de la ejecución de las actividades adelantadas por el particular en la órbita contractual, puesto que, precisamente, hay una ausencia absoluta de negocio jurídico. Así mismo, no resulta viable encuadrar la eventual reclamación en la esfera de la responsabilidad extracontractual del Estado, en tanto que la administración pública en estos supuestos no genera como tal un perjuicio o lesión al particular, sino que, por el contrario, sin que exista causa jurídica de por medio, genera una expectativa en el sujeto particular que desencadena el desplazamiento patrimonial injustificado⁸⁹.

En esta jurisprudencia se puntualiza un nuevo elemento para el análisis de la procedencia de la *actio in rem verso* y es cuando la manifestación de la voluntad de la administración es la que originó la actividad desplegada por el particular, y señaló que de no indemnizarse a este último se enriquecería injustamente el Estado, y establece que si jurisprudencialmente se ha establecido que el control de legalidad de la actuación administrativa corresponde a la entidad contratante, ésta es la garante de la legalidad del contrato, de su perfeccionamiento.

En el presente fallo la Sala reflexiona sobre la reciente posición que ha sostenido, en cuanto el particular que desarrolla o presta un servicio a favor de la entidad estatal, ejecuta una obra y no está amparado por el ordenamiento jurídico (ausencia de contrato), no puede aprovecharse de su propia culpa para luego solicitar la respectiva reparación patrimonial o el pago de la labor desarrollada, en tanto asume la carga de velar igualmente por la legalidad del ordenamiento jurídico (tesis negativa).

Sobre le asunto, se refiere así:

[...] si el particular en estos eventos cohonestó la situación irregular en materia de contratación pública, la cual generó de paso el empobrecimiento en el que se sitúa, no puede desconocerse que el primer obligado a acatar las disposiciones contractuales de selección objetiva, y de perfeccionamiento contractual, es el propio Estado, motivo por el cual si éste a través de sus representantes impele el interés del particular a realizar o ejecutar una determinada prestación, sin que exista contrato de por medio, se impone, correlativamente, la obligación de recomponer el traslado abusivo e injustificado que se produjo, patrimonialmente hablando, de un sujeto a otro⁹⁰.

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ *Ibíd.*

Con base en todo lo señalado y para el caso concreto se falló de la siguiente manera:

Revocó la sentencia consultada, toda vez que, en el caso concreto, fue la misma sociedad demandante la que generó el desplazamiento patrimonial a favor del INVIAS, motivo por el que no es posible afirmar que el enriquecimiento alegado es injustificado fundamentada tal revocatoria en: que el contratista con pleno conocimiento de las disposiciones y estipulaciones contenidas en el inciso sexto del artículo 58 y artículo 299 del Decreto Ley 222 de 1983, y las cláusulas tercera y décimo sexta del Contrato No. 137 de 1987, es decir, aquellos preceptos que prohibían la modificación o adición del contrato estatal en su objeto y plazo si el término de vigencia del mismo se encontraba vencido, la reclamación que se pretende no tuvo origen en el principio de la buena fe, sino que, por el contrario, su génesis se encuentra en la actitud de la sociedad demandante que, como lo sostuvo la entidad demandada a lo largo del proceso, no quiso desprenderse de la prestación de la interventoría.

Es evidente que en esta Sentencia se quiso flexibilizar la posición anterior del Consejo de Estado, en donde equipara en igualdad de responsabilidades al particular y al Estado cuando en virtud de un consenso el Estado había permitido y autorizado la ejecución de obras o la prestación de un servicio a cargo del particular sin que mediara la suscripción de un contrato estatal con todos los requisitos previos de adjudicación, suscripción y perfeccionamiento; de esta actividad la corporación había trazado en los últimos fallos aquí descritos una orientación exigente en donde el particular perdía lo invertido, precisamente por participar en la violación de las normas contractuales de imperativo cumplimiento.

Se observa, que en este fallo se agregan algunos elementos inusuales a los ya tradicionalmente contemplados para la figura del enriquecimiento sin causa, cuyos orígenes se registran en la normatividad civil y son precisamente la concepción del Estado Social de Derecho, resaltando la dimensión constitucional de las cargas públicas frente al particular. En virtud de lo cual se expone que es el Estado en el que reside el control de legalidad de sus actuaciones y no en el particular, razón por la cual el juzgamiento ante las eventualidades aquí analizadas no puede ser objetivamente severo y en contra del

contratista afectado el cual debe tener derecho a la compensación económica de su inversión.

Se destaca del fallo, que le impone al juez la obligación de establecer unos criterios de ponderación objetivos en cada caso, donde los principios constitucionales de confianza legítima, buena fe y cargas públicas deben ser motivo de análisis frente al particular.

En este pronunciamiento aunque de manera tímida se plantea categóricamente que la *actio in rem verso* es autónoma no subsidiaria y se vuelve a la posición inicial planteada por el Consejo de Estado según la cual procede el enriquecimiento sin causa como fuente directa de obligaciones en los eventos en que sin existir actuación jurídica como tal, y no existir un ilícito, se presentó un desplazamiento injustificado de patrimonio, enriqueciéndose una parte y empobreciéndose la otra, bajo la perspectiva constitucional de la cláusula general de responsabilidades del artículo 90 constitucional.

Se presenta toda la argumentación para reconocer compensaciones económicas al perjudicado frente al comúnmente denominado hecho cumplido, bajo las condiciones y límites expresados en la sentencia.

A manera de conclusión parcial, de la muestra jurisprudencial seleccionada es evidente que situaciones de hecho similares han sido juzgadas y falladas de diverso modo por la justicia contenciosa administrativa, con diversas interpretaciones.

En unos casos, cuando se presenta la inejecutabilidad del contrato estatal por la no existencia del registro presupuestal, sin embargo, las obras se ejecutan, los servicios se prestan y los suministros se entregan; el Consejo de Estado ha abordado el asunto de diversas formas: como acciones de tipo contractual por incumplimiento de contrato o por incumplimiento de obligaciones en etapa precontractual; también los ha fallado como un hecho de la administración a ser reclamado por vía de acción de reparación directa; en algún caso, por vía de restablecimiento del derecho. Lo que verdaderamente llama la atención es que finalmente existe un grupo importante de fallos, particularmente los expedidos frente a hechos generados con anterioridad a la Ley 80 de 1993, que de manera indistinta se refieren a los derechos indemnizatorios que les asisten a los

particulares a reclamar el pago de los hechos cumplidos. Sin embargo, por el contenido de la condena, el alcance es compensatorio y con unos presupuestos similares a los condenados en los casos de la *actio in rem verso* (casos relacionados cuando es ejecutada una prestación pero sin que medie el documento del contrato).

También se observa, que para contratos inejecutables cuyos fallos se profieren después de la Ley 80 de 1993, la tendencia es persistir en la acción contractual por incumplimiento del contrato, con una condena plena indemnizatoria con los intereses de la citada norma y su decreto reglamentario y curiosamente en algún caso, cuando se acepta el incumplimiento contractual se ordena solamente la actualización reduciéndola al 50% por la culpa del contratista, es decir, que es una condena no indemnizatoria sino compensatoria y con principios de responsabilidad extracontractual de la víctima.

Comparativamente los fallos relacionados y que son propiamente de situaciones de hecho y fallados como acción de enriquecimiento sin causa, se observa coherente la posición jurisprudencial en la tesis positiva, pero los supuestos de hecho de estos fallos coinciden con los considerados y fallados como acciones contractuales. Se evidencia la tendencia de la alta corporación a encuadrar todas las violaciones al régimen presupuestal colombiano y al régimen contractual en incumplimientos contractuales, cuando los hechos y el sentido común que se trata de relaciones de hecho, máxime cuando en materia de contratación estatal, si no hay contrato solemne, por escrito y perfeccionado, no existe.

2.3 INTERROGANTES PLANTEADOS A PARTIR DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En esta parte se han recopilado los fallos más representativos y antagónicos que dejan entrever lo controversial del tema a la hora de fallar una reclamación económica por el no pago de un hecho cumplido.

Pero es necesario especificar al cierre de este capítulo los puntos fundamentales que se derivan de las posiciones detectadas en los fallos aquí reseñados, base fundamental para seleccionar el título jurídico de imputabilidad de responsabilidad del Estado y como

consecuencia de ello, el alcance específico de las condenas cuando se reclama el pago de un hecho cumplido.

Siendo los interrogantes a dilucidar los siguientes:

1. Cuando se presenta la inejecutabilidad del contrato estatal por la no existencia del registro presupuestal y las obras o servicios se ejecutan o se prestan, con contrato existente y no fue perfeccionado conforme a la ley 80 de 1993, ¿cuál sería el título de responsabilidad para un posible pago de las siguientes alternativas derivadas de la jurisprudencia relacionada?

- ❖ Incumplimiento de obligaciones precontractuales por parte de la entidad involucrada;
- ❖ Incumplimiento contractual compartido entre el Estado y el contratista;
- ❖ Incumplimiento contractual exclusivo del Estado;
- ❖ Incumplimiento contractual predicado en la etapa de liquidación del contrato cuando se liquida el contrato y no se reconoce lo ejecutado y recibido por el Estado o cuando la administración no liquida el contrato en vía administrativa;
- ❖ Incumplimiento contractual por parte de la entidad si la partida presupuestal es revocada previo a la ejecución de las obligaciones;
- ❖ No existe ningún tipo de incumplimiento contractual, existe una situación de hecho y así debe ser demandada, reconocida y fallada. Es decir, como enriquecimiento sin causa;
- ❖ Daño provocado por la administración a un particular asimilado a una reparación directa con efectos indemnizatorio;

2- Cuando se presenta la ejecución de obras o prestación de servicios, o se entrega suministros sin contrato estatal, ¿cuál sería el título de responsabilidad de cara a un posible pago?

- ❖ Existe siempre un enriquecimiento sin causa de manera objetiva;
- ❖ Es una reparación directa indemnizatoria;
- ❖ Es una reparación directa pero con efectos de *actio in rem verso*.
- ❖ No da lugar a reconocimiento económico.

3. TÍTULOS JURÍDICOS DE IMPUTABILIDAD DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE CARA AL HECHO CUMPLIDO

Se deduce de la muestra jurisprudencial seleccionada y los alcances de las condenas allí plasmadas, la falta de claridad conceptual, en la selección de los títulos jurídicos de imputabilidad de responsabilidad del Estado frente a los hechos generadores del hecho cumplido. Siendo la consecuencia directa, la mezcla del título de la responsabilidad que conlleva una disparidad en el alcance de las condenas a cargo del Estado y que no responden a una coherencia conceptual, en las manifestaciones plasmadas en el artículo 90 de la Constitución Política.

Problema que demanda la presentación de un test completo que presente las diferentes variables a tener en cuenta al momento de realizar la selección del título jurídico de imputabilidad de responsabilidad, y a partir de ello, presentar el alcance de la compensación económica y su liquidación, test este que se planteará en los siguientes análisis.

3.1 SELECCIÓN DEL TÍTULO JURÍDICO DE IMPUTABILIDAD DE RESPONSABILIDAD ANTE EL HECHO CUMPLIDO CONFORME A LOS INTERROGANTES PLANTEADOS Y AL PRINCIPAL PROBLEMA DETECTADO

3.1.1 Elementos de títulos jurídicos de imputabilidad de responsabilidad del Estado. Es indispensable frente el hecho cumplido en las dos modalidades básicas expuestas (con contrato perfeccionado inejecutable y sin contrato perfeccionado- hecho de la administración) dependiendo de la importancia y posicionamiento de los derechos fundamentales de los administrados frente a los deberes de las autoridades públicas que tiene la obligación de proteger la vida, la honra y el patrimonio de los ciudadanos, además, velar por la legalidad de sus actuaciones.

Conforme a la jurisprudencia analizada en el trípode para conformar la responsabilidad del Estado, debe estar presente:

- ❖ El daño antijurídico, siendo un menoscabo patrimonial o perjuicio de quién lo padece o como lo definió el Consejo de Estado, en Sentencia de 13 de julio de 1993, “la lesión de interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está obligada a soportar”⁹¹.

- ❖ La acción u omisión de la autoridad pública, sea porque se desconozca el orden jurídico o porque se rompa la igualdad ante las cargas públicas en materia extracontractual o contractual.

- ❖ El título jurídico de imputabilidad de responsabilidad, que conforme a la jurisprudencia nacional, incluso en materia contractual se puede extender a otros títulos jurídicos de imputabilidad propios de la responsabilidad civil extracontractual (falla del servicio, falla presunta, riesgo creado y daño especial).

Frente al hecho cumplido en las dos variedades estudiadas, se evidencia la existencia de un daño de carácter patrimonial en cabeza del particular y/o contratista que ejecuta el contrato inejecutable y/o el que entrega al Estado un bien o servicio, o ejecuta una obra sin que medie un contrato. En cualquiera de estos eventos el particular ejecuta con la expectativa de un pago legítimo el cual en la mayoría de los casos, debe ser reclamado por vía jurisdiccional, pero también persiste la omisión de la autoridad administrativa de aplicar las normas presupuestales y las disposiciones del estatuto de contratación administrativa.

En consecuencia se debe establecer, si en las dos situaciones constitutivas del hecho cumplido, se está frente a la falla de servicio como título jurídico de imputabilidad de responsabilidad por incumplimiento contractual para el caso de inejecutabilidad del

⁹¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 13 de julio de 1993 (Exp. 8163). Consejero ponente: Juan de Dios Montes Hernández.

contrato o se advierte otro título que sea más acorde con una responsabilidad civil extracontractual del Estado o el enriquecimiento sin causa como última opción de escogencia de título.

Para dilucidar el punto es indispensable partir del artículo 6 de la Constitución Política, en donde sobre el grado de responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares se consagra de manera diferente; el servidor público, responde por acción, omisión y extralimitación de sus funciones, mientras que el particular responde por la violación de la ley. En esta proporcionalidad el servidor público en el ejercicio de sus funciones responde en mayor grado, debe estar en función del cumplimiento de la ley y la Constitución, con una innegable carga de velar por que todas sus actuaciones cumplan con el principio de la legalidad consagrado en el ordenamiento jurídico. De ahí que la omisión en el cumplimiento de las normas que gobiernan la materia, que desencadena en un daño al particular debe en principio generar una condena de carácter resarcitorio a cargo del Estado por falla en el servicio.

No obstante, si se acoge el postulado anterior sin mayores análisis la consecuencia sería sostener que frente al hecho cumplido de manera automática le generarían al particular el derecho de demandar una reparación integral de todos los perjuicios por medio de una acción particular de carácter indemnizatorio, sea la acción contractual o de reparación directa, por presentarse falla en el servicio por acción u omisión de los agentes estatales, siendo esta la posición que en algunos casos ha adoptado la jurisprudencia nacional según se ha advertido.

Pero en realidad para llegar a una correcta conclusión para la escogencia del título jurídico de imputabilidad de responsabilidad en el hecho cumplido, es necesario analizar varios principios constitucionales.

3.1.2 Principios constitucionales involucrados. Si bien es cierto, el Estado actuando por medio de sus agentes compromete su responsabilidad en grado mayor que el particular por el deber constitucional de velar por la legalidad de los procedimientos, no es menos cierto que el particular también es responsable ante la ley por la violación de la misma, y máxime teniendo en cuenta que, en materia contractual, el particular tiene la posibilidad

de ejecutar una prestación a favor del Estado, es un sujeto cualificado, ya que cualquier persona no puede acceder a ser adjudicatario de un contrato estatal o ser prestador de un servicio, o suministrar un bien. El particular adjudicatario de un contrato del Estado, posee unas características especialísimas para la administración que lo hacen beneficiario principal para ejecutar un contrato. Por tanto, no se trata en principio de un ignorante total de los procedimientos del Estado en materia contractual.

En consecuencia, frente al principio de igualdad y al cumplimiento del principio de legalidad, no se puede juzgar la responsabilidad del contratista cualificado, que se presenta a un proceso de adjudicación de un contrato estatal, muchas veces conocido en el gremio como contratista profesional de amplia trayectoria, que cuenta con la experticia en temas de contratación estatal y sin ningún reparo accede a ejecutar el contrato sin contar con respaldo presupuestal. Igual sucede, y con mayor razón, frente al contratista de iguales características que sin mediar documento-contrato ejecuta la prestación sin prevención alguna, juzgamiento este, que en función del principio de igualdad no puede operar en la misma forma, frente al particular que de buena fe accede a ejecutar una prestación a favor del Estado, sin reparos presupuestales o legales. Simplemente en un actuar de buena fe o confianza legítima, es un particular que colabora con la gestión del Estado en beneficio de los usuarios, de manera esporádica y casual, o por su situación particular *vr.gr.* único proveedor de provincia, el más cercano a una tragedia en donde, en muchas oportunidades el Estado utiliza la figura de la urgencia manifiesta y este tipo de contratistas son llamados de manera desprevenida a suministrar o ejecutar una obra o prestar el servicio, que es requerido en aras a garantizar un continuidad en un servicio público.

El anterior postulado lleva a indicar que es necesario para hallar el verdadero título jurídico de imputabilidad de responsabilidad ante el hecho cumplido, es conjugar varios principios constitucionales frente a la ejecución de gasto en indebida forma, como son los principios de igualdad, legalidad, buena fe, proporcionalidad ante las cargas públicas, servicio público, equilibrio contractual⁹².

⁹² "Se altera el equilibrio contractual cuando se impone al contratista la ejecución de obra por fuera del límite inicialmente acordado y sin que medie nueva concordancia de voluntades sobre la materia, o cuando se adopta la interpretación unilateral o cualquiera de las cláusulas exorbitantes (con excepción de la caducidad), sin intentar previamente el mutuo acuerdo, y en general, cuando se desconocen u obvian las reglas previstas

Para hallar el título jurídico de imputabilidad de responsabilidad, se debe partir de la participación en los derechos y obligaciones de los contratantes, participación que se debe medir en función de los principios constitucionales citados.

Frente al principio o derecho fundamental de igualdad frente a la ley, este principio ha sido posicionado por la Corte Constitucional, a propósito del artículo 13 de la Constitución Política, en el sentido que la igualdad siempre implica criterios de diferenciación, supone un juicio de igualdad y traza las pautas constitucionales para ello⁹³. Con esta interpretación constitucional citada es necesario imponer un juicio de igualdad, entre el contratista profesional experto en contratación estatal y el particular, que en razón de situaciones concretas o coyunturales presta una colaboración al Estado bajo unas condiciones particulares, por cuanto su posición ante la ley difiere completamente en los dos casos, ya que las condiciones personales no son las mismas y el Estado no puede tener una posición dominante igual frente a ellos.

Para que exista igualdad ante la ley, no puede evidenciarse entre las partes ningún tipo de subordinación o de adhesión a cargo de una de ellas frente a la otra; el principio de igualdad conlleva que los deberes y derechos derivados de las características de bilateralidad y conmutatividad del contrato estén en el mismo nivel y el carácter paritario de la relación, con mayor valor frente a la capacidad de cada una de las partes para tener certeza que con determinadas actuaciones se está violando la ley.

Bajo estas premisas se encuentra que el Estado al desarrollar una serie de gestiones tendientes a convencer al particular la ejecución de una prestación, coloca en un estado de inferioridad al particular casual no profesional ejecutor del servicio, o proveedor del bien o artífice de la obra pública. Lo que no se puede predicar de igual manera del contratista profesional que por su experticia conoce todos los riesgos de la contratación.

en los artículos 4º y 5º de la Ley 80 de 1993, siendo esa la razón de disposiciones como las del numeral 3º del artículo 5º ídem que faculta al contratista para acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o incumplan". RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. 5 ed. Bogotá D.C.: Leyer, 2007. p. 489.

⁹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-422 de 19 de junio de 1992. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Frente al principio de buena fe, el Código Civil en su artículo 1603, señala que la buena fe comercial⁹⁴ “[...] obliga[...] no solo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por la ley le pertenecen a ella”⁹⁵. La buena fe se presume y debe predicarse de todas y cada una de las etapas del proceso contractual, y debe estar acorde con la calidad del objeto y del sujeto, de las condiciones físicas y morales conforme a las reglas de razonabilidad y experiencia.

De acuerdo con lo anterior, en aplicación al principio de buena fe se debe examinar en función del sujeto y la pericia de su profesión y el conocimiento del sistema de contratación, para deducir la parte que puso en estado de indefensión a la otra. Es de aclarar, que la distinción entre contratista profesional y el no profesional, no versa sobre una regla normativa consagrada en el estatuto general de contratación del Estado. Esta es una propuesta del presente trabajo que a partir de los principios constitucionales, como elementos de juicio al momento de seleccionar la fuente obligacional del Estado y su correlativa reparación integral del daño, para lograr un resultado de pago equitativo y justo para este y el particular.

En el hecho cumplido para el contratista–profesional no es posible predicar que el Estado, por medio de sus agentes, haya inducido y puesto en estado de indefensión a este tipo de contratista, ya que por definición legal él es un colaborador. Entonces, al ejecutar unas prestaciones son las dos partes las que tienen un deber recíproco de cumplir la ley, de obrar con lealtad y probidad y el hecho que el servidor público responda por acción, omisión y extralimitación de sus funciones no exonera al particular cualificado de cumplir en la misma forma la ley contractual y presupuestal.

Razonamiento anterior, que no se puede predicar de igual forma para el particular contratista casual no profesional en trámites administrativos, contractuales estatales por cuanto, dependiendo del grado de veracidad aparente de las actividades adelantadas por

⁹⁴ “Pero esa buena fe [...] además cumple una función hermenéutica extensiva en tanto permite que los contratos así celebrados, obliguen no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella”. RICO PUERTA. Op. cit. p. 31.

⁹⁵ “Art. 1603.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”. COLOMBIA. Código Civil. 25 ed. Bogotá D.C.: Legis, 2010.

los servidores públicos, si pudieron inducir al particular a la ejecución de la prestación y en estado de indefensión y de buena fe lo llevaron a castigar su patrimonio en beneficio del Estado o de los administrados, pasando por alto la legalidad del proceso, lo que necesariamente atenúa la responsabilidad del particular en la transacción y agudiza la responsabilidad del Estado en el proceso.

Estas dos situaciones marcan la pauta diferencial para deducir el título jurídico de imputabilidad de responsabilidad con el cual el Estado debe responder o reparar el daño causado frente las dos variables del hecho cumplido planteadas a lo largo de este estudio.

Para el contratista profesional no puede predicarse un estado de indefensión, por el contrario ostenta una posición igual frente al Estado actuando por medio de sus agentes y no puede demandar una reparación integral y total de un perjuicio, ya que su actuar al no cumplir con la ley, también debe tener unas consecuencias patrimoniales en su contra, cuando se trate de aplicar las normas relacionadas con la reparación integral del daño de existir este; para ello; debe mediar un test de raciocinio coherente y nutrido por todos los principios constitucionales ya identificados.

Frente al principio de igualdad de cara a las cargas públicas, es necesario revisar este principio bajo el postulado genérico, según el cual es posible que ante un actuar de la administración cuya juridicidad, legitimidad, e ilicitud no es motivo de discusión, se pueda generar algún daño antijurídico que comprometa la responsabilidad del Estado. Aunque este postulado ha sido desarrollado jurisprudencialmente bajo la figura del daño especial en caso de la responsabilidad civil extracontractual o la teoría de la imprevisión o el hecho del príncipe para la responsabilidad contractual bajo el entendido que el daño se ocasiona al administrado cuando el Estado adelanta una actuación legítima, ajustada a la legalidad y debe compensar en virtud de la equidad y la justicia retributiva al particular que ha sufrido un daño anormal, desmesurado o superior al que deben sufrir los administrados, en razón al ejercicio del poder público, que deviene en un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas⁹⁶.

⁹⁶ “Nota de Relatoría: [...] la Corte Suprema de Justicia, Sentencias de 3 de agosto de 1949; de 11 de abril de 1978, Exp. 1567; de 30 de enero de 1987, Exp. 4493; de 28 de julio de 1987, cuyo aparte dice: “cuando se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas porque éstas exceden las conveniencias generales y normales, el Estado estará obligado al resarcimiento a nombre de todos para, así sea patrimonialmente, restablecer el principio aludido”. Sobre Daño Especial: Sentencias de 30 de septiembre de 1949; de 28 de

Sobre la igualdad frente a las cargas públicas, y a su vez de cara al hecho cumplido, siendo en principio un actuar ilegal de la administración puede tornarse legítimo conforme a diferentes variables que se explicaran más adelante, y como es natural, con unas consecuencias patrimoniales diferentes frente al contratista profesional o frente al particular que casualmente presta un servicio.

Entonces el planteamiento precedente es, ¿resulta posible predicar un actuar legítimo en las modalidades del hecho cumplido propuestas? La respuesta puede ser afirmativa cuando este actuar está ligado a una evidencia real y probada que la orden de ejecución de la prestación sin el lleno de las formalidades legales presupuestales o sin el cumplimiento del estatuto contractual, obedeció a la aplicación y desarrollo de la continuidad del servicio público y un eminente riesgo de vulneración de derechos fundamentales, por ejemplo, cuando se deba suministrar bienes y servicios a favor de la comunidad estando de por medio la protección de derechos fundamentales como la vida la salud, etc., de los administrados que se encuentran seriamente amenazados, como sería por ejemplo el suministro de medicamentos, albergue, comida, etc.

También la ejecución de obras de mitigación ante un desastre natural que amerita intervención inmediata en una situación en donde la vida, la protección de ancianos, niños, y en general los ciudadanos, se encuentran en unas condiciones tales que el Estado debe actuar en procura de conjurar la situación.

En estos escenarios, el principio de legalidad debe flexibilizarse ante los principios esenciales derivados del Estado Social de Derecho en donde el servicio público y el bienestar común priman sobre otros principios, y es allí donde el principio de enriquecimiento sin causa nace como el único título posible de reparación económica al afectado, siendo los límites de la cuantificación los que deben tener un especial análisis para establecer si este enriquecimiento puede ser a título indemnizatorio o compensatorio.

octubre de 1976, Exp. 1482; Auto de 19 de febrero de 2004, Rad. 24027; Sobre Daño Especial, Justicia Retributiva: Sentencias de 23 de mayo de 1973, Exp. 978; Sobre Daño Especial, Equilibrio frente a las cargas públicas: Sentencia de 20 de febrero de 1989, exp. 4655; sobre Principio de Igualdad frente a las Cargas Públicas: Sentencia de 30 de septiembre de 1983, Exp. 3178, Actor Hojalata y Laminados S.A., C.P. Carlos Betancur Jaramillo. ACCION DE REPARACION DIRECTA - Acto administrativo legal". COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 8 de marzo de 2007 (Exp. 16421). Consejero ponente: Ruth Stella Correa.

Las anteriores reflexiones evidencian que de existir falla de la administración, esta actúa dentro del marco constitucional por encima de la legalidad que gobierna de manera especial el presupuesto o la contratación al interior del Estado; en este evento se actúa en procura de prestar un adecuado servicio orientado a satisfacer intereses públicos y además con el ingrediente indiscutible de prioridad a la defensa de derechos fundamentales en riesgo inminente de ser vulnerados. Esto descarta que el actuar del agente del Estado sea caprichoso y evasivo de la normatividad vigente.

Este actuar que en principio se observa antijurídico, pero sin falla del servicio o culpa personal del agente del Estado, no puede derivar responsabilidad de carácter patrimonial, disciplinaria o penal en cabeza suya.

Se debe ser enfático en que solo bajo las circunstancias mencionadas se puede aceptar la flexibilización del principio de legalidad, ya que no se puede entrar a realizar reconocimientos cuando es palmaria la violación de la ley, en donde, tanto el Estado como el particular son responsables de tales vulneraciones sin que exista ningún respaldo en los fundamentos constitucionales.

En estos eventos, la situación del particular ejecutor de la prestación como colaborador del Estado queda amparado de estas circunstancias y legítimamente justificado para reclamar su pago y que la entidad le cancele, ya que por las circunstancias acaecidas, debe soportar una carga mayor frente a otros ciudadanos, que termina financiando con su patrimonio la ejecución de una prestación a favor del Estado pero con un beneficio social y colectivo indiscutible.

Sobre el principio del servicio público y en concordancia con lo que se ha expuesto, es indispensable revisar su noción en la Constitución de 1991, en donde los servicios públicos son concebidos como inherentes a la finalidad social del Estado (artículo 365), servicios públicos, que deben ser prestados de manera regular, general, uniforme, continua y obligatoria y en donde el contrato estatal es el principal instrumento jurídico para concretar la prestación de tales servicios públicos.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, señala los servicios públicos como aquellos destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado.

En suma, el rompimiento de la carga pública en desmedro del patrimonio del particular que ejecuta una prestación para beneficio de los administrados y el Estado por medio de sus agentes solicita tal colaboración, es una solicitud legítima siempre y cuando se garantice la continuidad de un servicio público con implicaciones sobre la sociedad y/o cuando esté de por medio evitar la vulneración de derechos fundamentales de manera inminente.

Bajo estas premisas tanto el contratista profesional, como el particular ocasional que presta su servicio, ejecuta una obra o suministra un bien tienen derecho a la compensación económica respectiva, y dependiendo de su posición frente los principios hasta aquí analizados será el alcance y límite de la reparación de su daño.

El principio de la ecuación contractual por razones obvias⁹⁷ no puede ser considerado para el evento en que no medie el documento denominado contrato, y sin embargo, las

⁹⁷ “156. *Principio de la ecuación contractual.* El artículo 27 de la ley enuncia el principio de la ecuación contractual, según la noción francesa de De Soto sobre el equilibrio financiero del contrato, que analizamos con anterioridad. La conservación de las condiciones inicialmente establecidas por las partes constituye, en consecuencia, el principio de la responsabilidad derivado de esta noción. La dificultad aparece sin embargo cuando se analizan otros artículos de la Ley, incompatibles con esta concepción.

157. *El incumplimiento de las obligaciones contractuales rompe la ecuación contractual.* En primer lugar encontramos el numeral I del artículo 5º, sobre los derechos de los contratistas, según el cual, “si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”, lo que sería contrario al principio establecido por el artículo 5º sobre la indemnización integral por las “actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que le sean imputables”. En efecto, los perjuicios derivados del incumplimiento de la administración no tienen necesariamente relación con las condiciones iniciales del contrato, y reducir la indemnización integral a la ecuación económica inicial implicaría dejar de pagar la cascada de perjuicios derivados directamente del incumplimiento, tales como la pérdida de oportunidades o la indisponibilidad de los equipos o el personal destinados a la ejecución del contrato, consecuencia del pago tardío o del retraso en el programa de ejecución del contrato.

158. *Restricción del reequilibrio de la ecuación contractual.* En segundo lugar, la conservación del equilibrio contractual inicial sería también contraria al derecho de los contratistas “a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas” (núm. I art. 5º), lo que puede ser superior o inferior a la ecuación financiera inicial, según el caso.

[...]

173. *Inclusión de la culpa contractual.* Esta primera posibilidad de ruptura de ecuación contractual, prevista por el numeral I del artículo 5º de la Ley 80, plantea el problema de la amplitud de la imputación del daño a la entidad contratante. En efecto, contrariamente a la noción francesa del hecho del príncipe, la Ley 80 incluye

prestaciones son ejecutadas, pues el hecho cumplido se torna en un *factum* por fuera del marco del estatuto contractual colombiano. Por tanto, solo se podrá aplicar su procedencia en el evento de que exista contrato estatal perfeccionado más no ejecutable por razones presupuestales, en donde, para considerar su aplicación, depende de la posición que se adopte, si el contrato inejecutable es un hecho de la administración cuyo tratamiento queda por fuera del estatuto contractual o es un trámite contractual respaldado por tal legislación.

3.1.3 Selección del título jurídico de imputabilidad de responsabilidad frente al hecho cumplido del contrato inejecutable. El asunto a dilucidar es si el equilibrio contractual en beneficio del contratista se debe aplicar con todo el rigor contemplado en el estatuto contractual, cuando se ejecuta la prestación contratada, con un contrato inejecutable presupuestalmente.

Es evidente que son tres los eventos en los cuales se observa la inejecutabilidad presupuestal:

- ❖ En los contratos de obra, estando vigente el contrato de obra a precios unitarios se ejecuta mayores cantidades, sin contrato adicional ni acta.

- ❖ En los contratos de obra, estando vencido el plazo contractual, se ejecutan mayores cantidades de obra sin contrato adicional ni acta y no se cancelan por falta de registro presupuestal.

como hecho generador de perjuicio reparable no solo los actos lícitos de la Administración sino también los ilícitos, como el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la entidad contratante.

En la teoría del acto administrativo este caso no constituye un evento de alteración del equilibrio financiero del contrato que, como vimos, parte siempre de la base de la ausencia de culpa. No se trata entonces de una responsabilidad especial, regida por los principios del derecho administrativo, sino de la regla general de responsabilidad contractual privada o administrativa". BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. 2 ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 141-142 y 151.

- ❖ En los contratos de obra, se ejecutan obras adicionales y/o complementarias en vigencia del contrato o por fuera del plazo contractual sin que medie contrato adicional.

- ❖ En los contratos de prestación de servicio y suministro cuando de la misma manera se ejecutan las prestaciones pero por fuera del plazo contractual sin contrato adicional.

Se consagra el principio de planeación de los contratos, cuando la Ley 80 de 1993, contempla varias gestiones administrativas previas al contrato, como son los estudios previos (prefactibilidad, factibilidad, técnicos y diseños)⁹⁸ e indica la responsabilidad de la entidad que pretenda adelantar un proceso en evaluar previamente la conveniencia o inconveniencia del proceso de contratación lo que se conoce como los estudios previos⁹⁹. Es allí donde la entidad fija el alcance de su necesidad traducida en la delimitación del futuro objeto del contrato. En este sentido el Decreto 856 de 1996, en su artículo 19, preceptuaba que debía existir el documento expedido por el jefe de presupuesto que garantizara la existencia de la apropiación presupuestal disponible para efectos del futuro contrato, disposición que en otras normatividades presupuestales sigue vigente. De otro lado, también previo a la apertura de los procesos de selección o de la firma del contrato, deben elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones y los términos de referencia, exigencia que no aplica cuando el contratista deba como obligación de su contrato elaborar tales diseños o ajustarlos.

De estas normas es evidente que al Estado le corresponde un componente importante relacionado con la planeación del contrato, cuando en el estatuto contractual se aborda el principio de transparencia le impone a la entidad la obligación de fijar con precisión las

⁹⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 80 (28, octubre, 1993). Op. cit. Artículo 30, Numeral 2.

⁹⁹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2170 (30, septiembre, 2002). Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2002. no. 44952. Artículo 8; COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2474 (7, julio, 2008). Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2008. no. 47043. Artículo 3; COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 734 (13, abril, 2012). Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2012. no. 48400.

condiciones del costo y calidad de los bienes, obras y servicios necesarios para la ejecución del objeto contratado. No obstante, al futuro contratista le corresponde la carga de estudiar las condiciones del contrato, y acceder a la presentación de su oferta si le satisfacen tales condiciones.

Desde antes de la vigencia de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia introdujo unas precisiones que fueron retomadas por el Consejo de Estado con posterioridad a la expedición de la citada norma, según las cuales, cuando se trataba de mayores cantidades de obra, en especial los contratos a precios unitarios donde el precio del contrato es determinable más no determinado, se entiende que incluso esas mayores cantidades pueden ser reconocidas mediante acta de obra o de costos porque hacen parte del objeto del contrato, y en consecuencia, en caso de no pago por falta de respaldo presupuestal tiene el contratista derecho a reclamar su indemnización bajo las condiciones de la Ley 80 de 1993, ejerciendo la acción indemnizatoria contractual. Por contraposición, cuando se trata de obras complementarias que no son extensión del objeto principal acordado, que deben ser pagadas. En algunos casos reconoció el Consejo de Estado la compensación económica como reparación directa indemnizatoria pero con alcance económico de acción de enriquecimiento sin causa; en otros casos, con una acción netamente de enriquecimiento sin causa, y otras, con una acción contractual pero con alcance de enriquecimiento sin causa.

Para no incurrir en las posiciones encontradas de la jurisprudencia, se considera lo siguiente:

El título jurídico de imputabilidad de responsabilidad, frente a unos reconocimientos de mayores cantidades de obra o de costos, cuando se ejecutaron dentro del plazo del contrato, estando vigente este y sin respaldo presupuestal, pero su ejecución corresponde al objeto principal del contrato, existiendo justificación técnica real que soporte las mayores cantidades de obra y que dicho monto sea razonable frente a la naturaleza y proporcionalidad del contrato (entiéndase tal proporcionalidad como lógica y no desbordada y caprichosa para privilegiar a un contratista y evadir el inicio de otro proceso contractual para concluir la obra) y que el mismo contratista haya aceptado la ejecución de tales obras excediendo el 20% de que trata el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 y que

dichas cantidades se necesiten para garantizar el éxito de la obra en términos de continuidad del servicio, lo que garantiza la existencia de buena fe comercial de las partes y que el contratista confió en el normal pago de su ejecución contractual. Ante estas circunstancias, no cabe duda que el contratista tiene el derecho de reclamar su pago con la titularidad del incumplimiento contractual, pues la irregularidad en la obtención oportuna del respaldo presupuestal debe traducirse en una reparación indemnizatoria integral de los perjuicios causados al contratista en los términos previstos en la Ley 80 de 1993 y el hecho cumplido presupuestal debe ser castigado para el Estado con el pago de la indemnización, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias y las acciones de repetición que se puedan generar.

No ocurre lo mismo, frente a mayores cantidades de obra ejecutadas vencido el término del plazo contractual, ya que ni el contratista ni la administración pueden ejecutar obra cuando el vínculo jurídico está vencido¹⁰⁰.

Las partes, una vez vencido el contrato conforme al artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto Nacional 019 del 2012 y artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, entran en la etapa liquidatoria del mismo en la cual no es posible ejecutar obra adicional. Conforme a este fallo, una vez vencido el plazo del contrato, no es posible adelantar ningún tipo de gestión adicional que no se refiera de manera exclusiva a la liquidación del contrato, realizar un balance financiero y jurídico del mismo y proceder a la liquidación de mutuo acuerdo de este o en su defecto la liquidación unilateral del mismo.

Se puede afirmar que, las mayores cantidades de obra que tengan correspondencia al objeto principal pactado, si su ejecución está por fuera del plazo del contrato, este actuar tanto de la administración como del contratista no puede estar cobijado dentro de una relación contractual amparada por las normas propias de la contratación. Se perfila una

¹⁰⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2008 (Exp. 16781). Consejera ponente: Ruth Stella Correa. Tal como se expresa en el punto 3.3.2.2 “El plazo para la liquidación del contrato: La liquidación del contrato es una actuación administrativa posterior a la culminación de su plazo de ejecución o la declaratoria de terminación unilateral o caducidad (artículo 16 y 18 de la ley 80 de 1993) quién tiene por objeto definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes; efectuar un balance de las cuentas y pagos para establecer quién le debe a quien y cuánto; proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, declararse a paz y salvo de las obligaciones o derechos a cargo de las mismas, y finiquitar así el vínculo contractual”.

clara relación de hecho entre las partes, surge el hecho cumplido presupuestal por falta de planeación en el contrato.

Para el contratista cuyo ejercicio principal profesional es contratar con el Estado de manera periódica, al aceptar la ejecución de mayores cantidades por fuera de la vigencia del contrato, exista o no documento que avale tales cantidades de obra, asume el riesgo del no pago, no se advierte que se encuentre en estado de indefensión que tenga el grado de afectar su consentimiento o su buena fe negocial. En consecuencia le está vedado alegar el incumplimiento contractual a cargo de la entidad como título jurídico de imputabilidad de responsabilidad para su reclamación.

Realmente lo ejecutado entra al campo de una vía de hecho de la administración, transportándonos al campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, puesto que el contratista debe por su actuar abandonar de manera automática los privilegios que el estatuto contractual le otorga.

Entonces estando en el campo de la responsabilidad extracontractual se abren claramente dos posibilidades: si el contratista profesional debe reclamar el pago de lo ejecutado a título indemnizatorio o compensatorio.

La referencia legal más inmediata es el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998¹⁰¹.

Es indudable que al no adelantar la administración las gestiones presupuestales previas a la ejecución existió una omisión de la administración que le causó un daño al contratista, pero el contratista profesional participó y legitimó con su anuencia la transgresión de la ley contractual y presupuestal por parte de la administración. No obstante, si la mayor cantidad de obra se ejecutó por fuera del plazo contractual, fue proporcional al alcance

¹⁰¹ “Art. 86.- Modificado. Decr. 2304 de 1989, art. 16. Modificado. Ley 446 de 1998, art. 31. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa. Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública”. COLOMBIA. Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. 34 ed. Bogotá D.C.: Leyer, 2012.

real y físico del contrato no se evidencia confabulación para eludir nuevos procesos de contratación y existe un claro fundamento técnico y se hace evidente la necesidad de tal ejecución para garantizar la continuidad del servicio público. El título jurídico de reclamación del contratista profesional debe ser el enriquecimiento sin causa para el caso del contratista profesional en los términos de los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados en esta investigación. Esto se debe a que se encuentra en un estado de igualdad ante la entidad que obligaba a cumplir con las leyes en esta materia y que solo legitima su reclamación el haber prestado su colaboración en bien de la comunidad y la continuidad del servicio público. Se descarta incluso la aplicabilidad del artículo 86, por cuanto está concebido para la búsqueda de la condena del Estado por omisión, y en este evento sería un hecho de la administración, pero con conocimiento anuencia del contratista, lo que descarta una responsabilidad subjetiva de la administración.

En el evento en que se encuentren los mismos elementos, pero el contratista del Estado sea casual no profesional, es evidente que su posición frente a la entidad si es de inferioridad y su buena fe comercial debe ser protegida por cuanto el hecho de venir ejecutando el contrato de manera normal hacía suponer el pago de las mayores cantidades sin contratiempos, análisis normal para un particular que ocasionalmente ejecuta prestaciones para el Estado, esto sin llegar a justificarle pues también como particular debe cumplir con las leyes y no puede alegar su ignorancia. En este caso, también el título jurídico de imputabilidad de responsabilidad no puede ser el enriquecimiento sin causa, sino de responsabilidad civil extracontractual a cargo del Estado por incumplimiento de la ley a cargo de la entidad respectiva en los términos del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, que derivó en la concreción del hecho cumplido; es decir, la administración por su posición dominante sobre el contratista tiene un grado importante de participación en el hecho y legitima al contratista a que aspire a una indemnización plena, que debe ser reducida en un porcentaje directamente proporcional a su actuar en la omisión de las leyes como culpa de la víctima o es factible el reconocimiento a título compensatorio de lo invertido más un reconocimiento financiero que no implique el reconocimiento de una indemnización a título de lucro cesante, alternativa esta que parece la mejor ya que puede ser técnica y no con el grado de subjetividad que implica la deducción de un porcentaje.

Frente al evento en que se ejecuten obras adicionales y/o complementarias en vigencia del contrato o por fuera del plazo contractual, y tampoco se suscribe el contrato adicional.

En este punto es necesario recordar el concepto de obra adicional¹⁰² conforme a la jurisprudencia y a la doctrina:

[...] en estricto rigor las adiciones por falta de previsión o adecuados estudios repugnan a un adecuado principio de planeación y sin bien es aras de la tutela del interés público, podrán ser de recibo, deben generar también responsabilidad para los servidores públicos comprometidos. Esta excepcionalidad debe presidir del análisis de la figura [...]

[...]

Así las cosas, la transformación del objeto específico de suyo implica una modificación al objeto del contrato: No será modificación del objeto, todo cambio que solo comprenda la cantidad, o algún accidente o calidad del bien o servicio específicamente considerado, De este modo,, si se contrata la construcción de una carretera pero por diversas circunstancias es necesario cambiar tal construcción por la de un viaducto ello implica una modificación del objeto del contrato, y en consecuencia, la celebración de uno nuevo, previa realización del proceso de selección a que haya lugar. Si en cambio y siguiendo con el objeto propuesto, se mantiene la construcción de la carretera pero es necesario aumentar la cantidad que se va a construir, el objeto específico es igual y entonces en cambio en tal sentido no entraña una modificación del objeto del contrato, siguiendo el contrato anterior, resulta a penas lógico que una variación el objeto genérico es en sí mismo un cambio de contrato (compraventa a suministro)¹⁰³.

El autor citado parte del supuesto que las adiciones provocadas por falta de previsión o planeación no pueden ser de recibo, a menos que se hagan en aras del interés público y establece claramente que una adición de ninguna manera puede modificar el objeto contractual pero aclara que:

[...] no será modificación del objeto todo cambio que solo comprenda la cantidad, o algún accidente o calidad del bien o servicio específicamente considerado.

[...]

¹⁰² DÁVILA VINUENZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 2 ed. Bogotá D.C.: Legis, 2003.

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 390 y 391.

[...] cuando en un contrato de obra pública se han pactado mecanismos de ajuste, el mayor valor resultante de su aplicación no significa un aumento del valor inicialmente convenido, simplemente se trata de un aumento de su valor intrínseco... a igual conclusión debe llegarse en todos aquellos eventos de restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando éste es vulnerado por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes¹⁰⁴.

Así mismo, el Consejo de Estado en la consulta absuelta No. 1439 del 18 de julio de 2002¹⁰⁵, realizó un importante análisis sobre los contratos adicionales donde orientan la interpretación de lo que se debe considerar como obra adicional que de manera inequívoca debe ser recogida en un contrato adicional. Sobre el particular señaló la consulta:

2. Necesidad de adecuación de los diseños para satisfacer las necesidades del servicio público.

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

Por consiguiente, si para alcanzar el objeto contractual se hace necesario corregir errores de diseño o buscar soluciones técnicas alternativas frente a eventos no previstos, la administración está en la posibilidad, y en el deber jurídico, de adecuar los diseños y estudios, así ello implique la ejecución de una mayor cantidad de obra y el desarrollo de obras adicionales al objeto contractual, máxime si, como en el caso que nos ocupa, actuar de una manera distinta puede comprometer la estabilidad misma de los trabajos.

Al respecto esta corporación, en sentencia de la sección tercera, proferida el 6 de septiembre de 1995, Expediente 7625, dijo:

"(...) para el sentenciador resulta incuestionable que la mayor cantidad de obras y las obras adicionales a que se ha hecho referencia, indispensables en el desarrollo del contrato, fueron ordenadas por la administración en ejercicio del iusvariandi que ella tiene como poder, y al cual no pudo el contratista, resistir.....Estas situaciones son las que llevan al profesor Eduardo García de Enterría a señalar:

"Límites en este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la administración contratante o por un cambio en las circunstancias

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil. Concepto 1439 (18, julio, 2002). Consejera ponente: Susana Montes de Echeverri.

*originariamente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias. Obligar a la comunidad a soportar una carretera, un puerto o un embalse mal planteado ab initio, inútiles o ineficaces desde su misma concepción, por un simple respeto al *contratuslex* no tendría sentido al servicio del interés público y de sus concretas e insoslayables exigencias, el *iusvariandi* de la administración contratante es ilimitado en extensión o intensidad ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración" (Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Cívitas, pág. 675)¹⁰⁶.*

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

Es importante este concepto en el sentido que permite tener como fuente de la obra adicional y/o complementaria el *ius variandi* de los contratos, pero soportado en el principio de la continuidad del servicio público.

En consecuencia, si un contratista profesional accede a ejecutar una obra adicional sin respaldo presupuestal, que implique una modificación del objeto contractual dentro del plazo del contrato, tendrá derecho al pago del mismo si dicha obra es necesaria y complementaria para potencializar o corregir el proyecto original, aunque dicha ordenación de la obra comprometa seriamente el principio de planeación del contrato del cual la entidad es la entera responsable; se justifica su pago en razón a que con ella el servicio público fue garantizado y la obra necesaria en beneficio de la comunidad, y por el hecho de la falla en los estudios o diseños se derivan otras responsabilidades a los

¹⁰⁶ *Ibíd.*

funcionarios pero no oponibles al contratista, a excepción del contrato llave en mano¹⁰⁷, o a precio global fijo¹⁰⁸, o por administración delegada¹⁰⁹, por cuanto estas modalidades de contratación le corresponde al mismo contratista fijar el alcance del proyecto. Mal haría ante un desfase derivado de la planeación misma del contrato requerir una indemnización cuando era responsable y artífice de los desfases originados en la planeación del contrato.

Entonces se justifica que el contratista reclame el pago de indemnización en los términos de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. Siempre y cuando la obra adicional se ejecute en vigencia o dentro del plazo del contrato y sobre todo, que la obra ejecutada en verdad sea técnicamente adicional o complementaria, porque sin duda alguna, si se trata de una maniobra para eludir un proceso de selección por licitación pública no da lugar a reconocimiento.

Frente a la situación en que la obra adicional, o complementaria se adelantó por fuera del contrato, se conserva la misma postura ya señalada en el sentido que la reclamación debe ajustarse a título de enriquecimiento sin causa para el contratista profesional y para

¹⁰⁷ “El contrato llave en mano, es aquel que tiene por objeto la confección de una obra material, incluyendo suministro de equipos e instalación, en condiciones tales que el contratante pueda ponerla en marcha al momento en que se le entrega. Dicha obra material, puede ser mueble o inmueble.

Así, cuando el contratista se compromete a suministrar equipos, plantas, redes, centrales, estaciones, subestaciones y bienes similares, debidamente instalados y en funcionamiento en los sitios designados por la entidad contratante comprometiéndose a realizar todas las obras de construcción, instalación, montaje, ensamblaje, ensayos y demás que se requieran, se configuraría un contrato llave en mano.

Ahora bien, se considera renta de fuente nacional para el contratista el valor total del respectivo contrato, incluyendo el suministro de bienes desde el exterior y en consecuencia, estaría sujeto a la práctica de retención en la fuente a título de renta a la tarifa del uno por ciento sobre el valor bruto del contrato”. ELTIEMPO.COM. Contrato llave en mano. *En:* Eltiempo.com. 4, diciembre, 2000. [En línea]: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1299117>.

¹⁰⁸ “Contrato de obra por un precio global o a precio alzado. Lo definía el artículo 77 ibídem, como aquel en el que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija, en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación de personal, de maquinaria, de la elaboración de los subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos, definición concordante con la contenida en el Decreto Ley 22 de 1983”. RICO PUERTA. Op. cit. p. 360.

¹⁰⁹ “Contrato de obra por administración delegada. Según el artículo 79 ídem, los contratos de obra por administración delegada son aquellos en los que el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, de quien será representante para todos los efectos negociales relativos a la obra, se encarga de la ejecución del convenio”. *Ibíd.*, p. 360.

el contratista casual la reclamación debe atenerse a una responsabilidad extracontractual del Estado.

De la misma manera hay que señalar que se debe ser riguroso en el examen de la obra adicional ejecutada por el contratista profesional, por cuanto el *ius variandi* no puede llevarse al punto en que, por ejemplo, el costo de la obra adicional supere ampliamente el valor del objeto principal, pues no es razonable *vr.gr.* que se contrate una pavimentación de la vía y por vía adicional, se construya un puente, pues es evidente el fraude entre el contratista y la entidad en evadir los procesos no solamente presupuestales, sino de selección de contratistas privilegiando al contratista para que acceda a ejecución de nuevas obras sin pasar por un proceso de selección previo. La obra adicional debe ser complementaria al objeto inicial, porque si no lo es, sencillamente la obra adicional ejecutada es otro contrato.

En este último evento, el contratista profesional no puede reclamar nada pues se estaría beneficiándose de su propia culpa y frente al contratista profesional la prueba de la ejecución de la obra se debe examinar con suma rigurosidad frente a la buena fe, porque de todas maneras el sentido común puede perfectamente llevar a concluir que este tipo de contratista también se prestó para defraudar el Estado y tampoco debe ser acreedor a ningún reconocimiento.

Para los eventos de los contratos de prestación de servicio¹¹⁰ o consultoría¹¹¹, donde la actividad intelectual es el componente primordial, se hace más intangible fijar una frontera de reconocimientos y hallar el título jurídicos de imputabilidad responsabilidad debido a

¹¹⁰ “Contrato de prestación de servicios. 4.1 Objeto. El contrato de prestación de servicios tiene por objeto realizar, con personas naturaleza, actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de una entidad pública, por el término estrictamente indispensable, cuando ellas no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Se le conoce también como tercerización o servicio tercerizado”. *Ibíd.*, p. 368.

¹¹¹ “Contrato de consultoría. Los contratos de consultoría están referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión; diagnósticos; asesorías técnicas de coordinación control y supervisión, interventoría, asesorías, gerencia de obras o de proyectos; dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos (eventos todos estos en los que, se reitera, el interventor deberá impartir sus ordenes o sugerencias por escrito, enmarcándolas dentro de los términos del respectivo contrato); lo mismo que los concursos para selección de consultores de diseños, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos, según las previsiones del Decreto 2326 de 1995, que adicionó el 1584 de 1994 (derogado por el decreto 92 de 1998), el Decreto 2551 de 1993 y derogó el Decreto 1522 de 1993”. *Ibíd.*, p. 364 y 366.

que la disciplina intelectual de que se trate influye de manera directa en la apreciación del principio de igualdad y buena fe contractual.

Sin embargo, de un contrato de consultoría se puede predicar las situaciones del contratista profesional y por sus calidades y especialidad en la materia es muy difícil que lo pueda ejecutar un contratista casual, entonces, solo se aplicaría los mismos postulados frente al contrato de obra ya expuestos con los mismos alcances que por su naturaleza son contratos que se celebran en atención a las calidades especiales del contratista, *vr. gr.* los servicios prestados por un abogado con formación y experiencia en asuntos administrativos le sería imposible admitir un desconocimiento total de las normas presupuestales y contractuales. Por tanto, sería inadmisibles una reclamación económica a título indemnizatorio por incumplimiento en el pago del contrato, y su reclamación debe reconocerse solo a título compensatorio, con unas formulas claras donde su negligencia también sea castigada. Por ejemplo, en la prestación de servicios de vigilancia, es fácilmente comprobable que existen empresas de vieja data constituidas para prestar estos servicios y con amplia experiencia con el Estado, en donde están en pie de igualdad con la entidad contratante; allí tampoco debe aspirar a un título jurídico de reconocimiento basado en el incumplimiento contractual, el título simplemente sería un enriquecimiento sin causa a cargo de la entidad por un daño basado en una responsabilidad civil extracontractual, se insiste siempre y cuando su actuar esté respaldado en sanos criterios y prueba que ejecutaron los contratos para garantizar principios constitucionales de suma importancia y no para evadir las obligaciones en el cumplimiento de la ley.

En otras disciplinas profesionales es susceptible plantear unos reconocimientos cuyos títulos jurídicos de imputabilidad de responsabilidad sean de carácter extracontractual donde la participación de la víctima sea penalizada, toda vez que se trata de contratistas con formación profesional que les permite acceder a la información y no pueden predicar un estado de total inferioridad frente a la entidad, donde no puede reclamar una indemnización plena, sea que su labor la hubiere prestado dentro o fuera del plazo contractual.

Con el contrato de suministro¹¹², ocurre un fenómeno diferente ya que las circunstancias de tiempo, modo y lugar son importantes y deben analizarse al momento de hallar un título jurídico de imputabilidad de responsabilidad para reconocimientos económicos, ya que las condiciones en provincia no son las mismas que en las ciudades. En muchos casos, en una zona geográfica determinada solo existe un solo proveedor de algunos bienes y servicios, y por costumbre con la entidad solicita en suministro a la misma persona natural o jurídica. Para estos eventos, no cabe duda que el reconocimiento debe hacerse a título de responsabilidad extracontractual aún en el evento de existir contrato vigente, por cuanto al ser un contrato de ejecución instantánea que se cumple con la entrega de la cosa.

Por esto no es posible predicar las mismas variables del contrato de obra pública y se deja la entrega del suministro o la cosa en un hecho de la administración que se debe indemnizar bajo los parámetros de culpa de la víctima si las condiciones de tiempo, modo y lugar dejan establecer que por sus calidades y experiencia el contratista no podía conocer el riesgo de la entrega del suministro sin el lleno de los requisitos de ejecutabilidad del contrato y caso contrario, si podía medir el riesgo de la entrega del suministro en condiciones irregulares. En este caso debe remitirse a una reclamación bajo el título compensatorio del enriquecimiento sin causa.

También se debe indicar que el contratista en un contrato de prestación de servicios o suministro debe correr con las consecuencias de la pérdida total de lo invertido si la ejecución de la prestación no obedece a criterios claros de prestación del servicio o de preservación de derechos fundamentales, sino a un capricho de la administración en donde el contratista vislumbró un beneficio.

¹¹² “Contrato por el cual el suministrante se obliga a realizar prestaciones periódicas o continuas de cosas, a favor del suministrado, y éste se obliga a pagarle por ello u precio en dinero”. WEISS, Tamara. Contrato de suministro. [En línea]: http://www.todoiure.com.ar/monografias/mono/civil/contrato_de_suministro.htm [Consultado 14, enero, 2012 a las 22:43].

3.1.4 Título jurídico de imputabilidad de responsabilidad frente al hecho cumplido sin contrato y sin respaldo presupuestal. Por la misma esencia de lo presentado, la única alternativa a revisar es si es posible o no reconocer en términos de pago un hecho cumplido de la administración y la respuesta inicial es que sin que hubiese existido ningún principio de voluntad negocial (llámese convocatoria, contrato, oferta cte.) es un típico hecho cumplido de la administración que ni siquiera puede considerarse una responsabilidad extracontractual a cargo del Estado a título de incumplimiento.

La posibilidad de compensación económica será de manera exclusiva el enriquecimiento sin causa siempre que se cumplan los requisitos de las jurisprudencias en la tesis positiva de la *actio in rem verso*.

El asunto es simplemente que el contratista profesional tendrá derecho a una compensación económica menor al no profesional, por su posición frente al Estado. Tendría también derecho a una compensación económica en mejores condiciones que el primero en aplicación de los principios ya comentados.

3.1.5 Planteamiento del alcance de los reconocimientos económicos para cada uno de los títulos jurídicos de imputabilidad de responsabilidad seleccionados. Partiendo de los títulos jurídicos de imputabilidad de responsabilidad propuestos en el anterior acápite, es necesario frente a los eventos considerados en esta investigación como fuente principal del hecho cumplido, presentar para cada evento considerado y el título seleccionado, presentar su correspondiente fórmula de liquidación para reconocimiento patrimonial sea por vía de acuerdo conciliatorio o directamente por fallo judicial; estableciendo claramente las fórmulas liquidatorias, compensatorias e indemnizatorias que conceptualmente corresponderían al título de responsabilidad procedente.

3.1.6. Concepto de reparación integral del daño. Para abordar este tema, sea lo primero recordar para efectos de este enunciado, que se partirá de la interpretación constitucional

dada sobre estos temas, consagrada en la Sentencia C-965 de 2003¹¹³. Esta sentencia de constitucionalidad conoce de la demanda del artículo 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'.

Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales¹¹⁴.

A propósito de la demanda la Corte Constitucional desarrolló una posición en varios puntos que sirven de punto de partida para presentar la propuesta de fórmulas liquidatorias para cada título jurídico de imputabilidad de responsabilidad hallado frente al hecho cumplido, siendo lo más destacado lo siguiente:

Presenta el principio de responsabilidad patrimonial del Estado derivado de los artículos 2, 58 y 90 de la Constitución Política de los cuales se deriva que el Estado tiene la responsabilidad de reparar integralmente los daños antijurídicos causados a los particulares.

Advierte que el concepto de reparación integral y su alcance es solo competencia del legislador por cuanto la Constitución Política no contempla el alcance de dicha reparación. Se apoya la Corte Constitucional en la Sentencia C-916 de 2002. En esta oportunidad la Corte precisó que el legislador:

[...] al definir el alcance de la 'reparación integral' puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las

¹¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-965 (21, octubre, 2003). Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹¹⁴ *Ibíd.*

víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados¹¹⁵.

De esta posición institucional se hace evidente la importancia de este trabajo de investigación que pretende en últimas proporcionar el criterio jurídico con repercusiones financieras, para establecer unos límites razonables y proporcionados, al juez, al conciliador o el funcionario público que intervenga en el reconocimiento económico del hecho cumplido cuando se trate de escoger el título jurídico de imputabilidad de responsabilidad y su consecuente liquidación.

Es importante en este sentido, la Sentencia C-188 de 1999, de la Corte Constitucional según la cual:

[...] el patrimonio de los particulares goza de una clara protección constitucional; y cuando se trate de reparar un daño causado debe aplicarse los principios de igualdad y equidad donde las partes deben recibir el mismo, siendo esta la premisa básica para que en esta oportunidad la Corte concluya que si el estado cobra a los particulares intereses bancarios también debe reconocer intereses moratorios por el incumplimiento oportuno de las obligaciones que el competían¹¹⁶.

Por su parte, la sentencia de la Corte Constitucional atrás comentada, también desarrolló parámetros constitucionales a tener en cuenta en materia de reparación integral, cuyos aspectos más relevantes se pueden citar así:

1. Si bien es cierto, los principios de equivalencia y restablecimiento del equilibrio económico a favor del contratista son válidos, no es menos cierto, que ninguna de las normas que tienen que ver con el asunto definen el tipo de indemnización a reconocer o que el contratista tenga derecho a reconocerle el lucro cesante. Al respecto la

¹¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-916 de 29 de octubre de 2002. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-188 de 24 de marzo de 1999. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

mencionada sentencia afirma: “[...] Así, mal puede atribuirse a dichos preceptos una presunta confusión en el tratamiento dado a dos institutos jurídicos- el principio de equivalencia económica y la indemnización o reparación del contratista-, cuando en ellos no se precisa la forma como debe llevarse a cabo la reparación del daño y la manera como debe calcularse el monto del mismo”¹¹⁷

En este sentido acepta la Corte que son diversas las posiciones doctrinales y jurisprudenciales en el asunto, comentando que para algunos, la reparación integral tiene dos componentes: el daño emergente y el lucro cesante; para otros, simplemente el daño emergente.

Concluye la Corte que el alcance de la reparación integral es un asunto de interpretación normativa¹¹⁸.

2. A propósito de la constitucionalidad de las expresiones acusadas de los incisos 1° y 2° del numeral 8 del artículo 4 y del inciso 2° del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional, reitera algunos fallos y advierte aspectos básicos que son importantes para esta investigación:

- ❖ La Sentencia C-892 de 2001, reconoció el respaldo constitucional de la figura resarcitoria de la mora basado en el principio de responsabilidad patrimonial de la administración pública (Constitución Política, artículo 90), basada en una supremacía del Estado en el ámbito contractual que le permite fijar las condiciones

¹¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-965 de 21 de octubre de 2003. Op. cit.

¹¹⁸ “Ciertamente, conforme al criterio hermenéutico fijado por la jurisprudencia de la Corporación, si una preceptiva legal puede ser interpretada en más de un sentido por parte de las autoridades judiciales que tienen a su cargo la aplicación de la ley, y alguna de ellas entra en aparente contradicción con los valores, principios, derechos y garantías que contiene y promueve la Constitución Política, corresponde a la Corte adelantar el respectivo análisis de constitucionalidad con el fin de establecer cual es la regla normativa que, consultando el espíritu del precepto, en realidad se ajusta o se adecua a la Carta Política”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-426 de 29 de junio de 2002. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

de los contratos y prever sus propias limitaciones desde su régimen contable, presupuestal y administrativo¹¹⁹.

- ❖ La obligación de reconocer intereses de mora en el plano contractual, se deriva de la característica sinalagmática o conmutativa de los contratos estatales. Lo que hace que los intereses sean un derecho irrenunciable a cargo del contratista.
- ❖ Es evidente que cuando una entidad pública incumple el pago de las obligaciones contractuales “[...] se configura la mora y, de contera, surge para ella la obligación de pagar, a título de responsabilidad contractual, los intereses correspondientes. Esa responsabilidad contractual y la obligación de pagar intereses de mora se justifica en razón del daño antijurídico que sufre el contratista, materializado en la imposibilidad que tiene éste de disponer en tiempo del dinero que ha adquirido con justo título”¹²⁰.
- ❖ Esclarece la Corte Constitucional que el inciso 2° del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, no implica un doble pago a favor del contratista. Es simplemente la forma como el legislador reguló el reconocimiento en materia contractual “[...] fijándole así un límite cuantitativo a la tasa aplicable de mora”. Retoma la Corte la Sentencia C-892 de 2001, según la cual, el interés contemplado en el numeral 8 del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, no tiene un alcance imperativo, y sólo opera con carácter supletorio cuando las partes contratantes se abstengan de pactar directamente los intereses de mora.
- ❖ Comenta de la misma manera la sentencia que la tasa de interés moratorio, es decir, del 12% anual, que se calcula a partir del valor actualizado de la obligación, no conlleva una doble actualización monetaria que genere detrimento del patrimonio público. La tasa de interés moratorio, calculada sobre el valor actualizado de la obligación, se determina siguiendo el criterio previsto en normas

¹¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-892 de 22 de agosto de 2001. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹²⁰ *Ibíd.*

especiales, el cual impone aplicar a la suma debida por cada año de mora, el respectivo incremento del índice de precios al consumidor entre el 1 de enero del año inmediatamente anterior o según el lapso que haya transcurrido, esto último, cuando la mora no hubiere completado el año o se hubiere generado en fracciones de año.

- ❖ Con la fórmula anterior, descartó la aplicación del sistema mercantil previsto en el artículo 884 del Código de Comercio el cual: “*Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, este será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será del doble [...]*”.

- ❖ Cierra la posibilidad de aplicar el interés bancario en materia de contratación contractual, bajo el entendido que contiene un componente que compensa el factor sobreviviente de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; circunstancia que por sí misma hace incompatible, o lo que es igual, impide que subsistan simultáneamente, el método de liquidación basado en el interés bancario con la actualización monetaria.

- ❖ Indica que el interés bancario está compuesto de dos factores: el interés neto más la devaluación monetaria; por tanto, un interés de mora que equivalga al doble del interés bancario, si puede generar una doble actualización monetaria en perjuicio de las arcas del Estado; a propósito de lo cual la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que, en obligaciones mercantiles, son *incompatibles* “los intereses legales comerciales con una indexación complementaria, pues el reconocimiento de ésta, a la par con aquellos, se traduciría de algún modo, en un desbordamiento de tales réditos, lo que colocaría al acreedor en situación de infringir la ley penal, sin perjuicio de los conocidos efectos patrimoniales previstos en el ordenamiento jurídico”¹²¹.

¹²¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de noviembre de 2001 (Exp. 6406). Magistrado ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

- ❖ En sentencia del 13 de diciembre de 2001, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, dejó sentado que en el rubro de intereses comerciales, sean de plazo o moratorios, va implícito, el reconocimiento del ajuste del respectivo capital que proviene de la depreciación de la moneda, el cual excluye sumar a aquellos la corrección monetaria; y si esta ya fue dispuesta, tampoco puede agregarse condena por intereses, pues se estaría patrocinando, cuando menos parcialmente, un doble pago por el mismo concepto, con lo cual se rompería el equilibrio que debe guardarse en materia de restituciones derivadas de la nulidad de un contrato¹²².

- ❖ El sistema de liquidación de intereses de mora consagrado en el inciso 2° del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, que le reconoce al contratista la actualización y un interés de mora promediado en el doble del interés legal civil, es decir, del 12% anual, en la medida en que no incorpora un factor para compensar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, no conlleva una doble actualización en detrimento del patrimonio público.

- ❖ La fórmula acogida por el régimen de contratación, al no estar basada en el interés bancario, es concordante con principio de responsabilidad estatal y con los principios de equidad, igualdad, buena fe y garantía del patrimonio particular; específicamente, por cuanto su objetivo no es penalizar al Estado por su actuación reprochable ni otorgarle al contratista un provecho económico *per se*, sino reconocerle a este último una indemnización proporcional al daño antijurídico de que ha sido víctima y restablecer la equivalencia económica del contrato.

- ❖ La tasa del doble del interés legal busca amparar al acreedor por el daño antijurídico que le representa el retardo injustificado de la entidad en el pago de la obligación, pero sin consideración a su poder adquisitivo.

¹²² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de diciembre de 2001 (Exp. 0047). Magistrado ponente: Silvio Fernando Trejos.

- ❖ Esta posición coincide plenamente con el criterio jurisprudencial adoptado por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, quienes sobre el tema en discusión han conceptuado:

[...] que la obligación deberá pagarse debidamente actualizada con sujeción a los índices de precios del consumidor por cada año debido (del primero de enero al 31 de diciembre) o fracción de año; y que los intereses de las sumas así actualizadas anualmente, ante el no pacto de intereses moratorios, se liquidarán a una tasa equivalente al doble del interés legal civil¹²³.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, ha señalado al respecto

Por supuesto que en frente de obligaciones de linaje civil y, puntualmente, en aquellos casos en que tan sólo se reconoce el denominado interés puro, como sucede con el interés legal civil (inc. 2 nral. 1 art. 1617 e inc. 2 art.2232 C.C.), nada obsta para que se disponga que el pago se realice incluyendo, además de dichos réditos, la corrección monetaria, pues en este evento la tasa en cuestión únicamente refleja el precio adeudado por el uso del dinero, sin miramiento a su poder adquisitivo (unicidad funcional) (Cfme: cas. civ. de 15 de junio de 1995, CCXXXIV, pág. 873). Al fin y al cabo, la metodología materia de comentario, esto es, la indexación indirecta a través de los intereses referidos a la tasa bancaria, sólo se aplica en los casos de responsabilidad contractual de origen mercantil¹²⁴.

Bajo los parámetros constitucionales comentados, es que se procederá a establecer el alcance de las compensaciones económicas conforme a los títulos jurídicos de imputabilidad de responsabilidad planteados para los casos extraídos de los supuestos de hecho estudiados en esta investigación, y que hacen relación a las posibilidad o no de reconocimiento de daño emergente, lucro cesante, intereses puros o técnicos, comerciales, moratorios, actualización monetaria, todo esto de acuerdo a la responsabilidad del Estado en el daño antijurídico causado y del grado de intervención del contratista. Adicionalmente, y con base en estos fallos en donde también consideran como componente de la reparación integral la pérdida de oportunidades también es importante incluir el concepto de utilidad dentro del contrato de obra pública y de

¹²³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 22 de octubre de 1997 (Rad. no. AC-5163) Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

¹²⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de noviembre de 2001 (Exp. 6406). Op. cit.

consultoría como un factor que eventualmente puede ser reconocido o no al contratista de cara al hecho cumplido.

En lo que hace al concepto de Utilidad, Administración e Imprevisto, el conocido AIU, inserto en los contratos de obra pública, principalmente en los contratos de construcción y/o consultoría, siendo la definición más conservadora el de Administración en el contexto contractual, como los costos indirectos del proyecto necesarios para su ejecución, tales como honorarios, impuestos, de los cuales los honorarios son la verdadera utilidad del contratista porque no le pertenecen al Estado.

Entonces el Imprevisto tiene relación con la naturaleza del contrato y es el alea del contrato, entendido este como el riesgo normal en que incurre el contratista, sobre él se tiene plena seguridad de su presencia ya que encierra el riesgo normal del proyecto. Este imprevisto no se puede confundir con el riesgo nacido de una situación de imprevisión por cuanto esta se refiere a una situación ajena a las partes y al negocio mismo.

La Utilidad en el contrato de obra es la ganancia que el contratista tiene, la expectativa de recibirla por la ejecución del contrato.

El AIU opera de manera distinta según sea la naturaleza del contrato, así en el caso del contrato de administración delegada el contratista se compromete a disponer de toda su capacidad técnica, y administrativa para ejecutar la obra y recibe un reembolso de los costos directos incrementados en una suma fija o porcentual imputable a gastos de administración y utilidades. El riesgo en cantidades de obra, es del contratante lo mismo que el riesgo de precio.

En los contratos más comunes a precios unitarios, el contratista presenta su propuesta por ítems específicos y determina los porcentajes por la administración, imprevistos y utilidades. El riesgo de las cantidades de obra es del contratante y el precio del contratista.

En los denominados contratos a precio global alzado absoluto las partes no permiten modificación del proyecto ni del precio; en el relativo, puede variar el precio teniendo en cuenta la obra ejecutada. El contratista asume los dos riesgos de cantidades de obra y de precio.

Los anteriores conceptos son importantes para el eje central de esta investigación ya que frente a la posibilidad de reparar integralmente el daño ocasionado por el hecho cumplido es indudable que el Estado por medio de sus agentes ha tenido una intervención definitiva en la ejecución de un contrato estatal bajo circunstancias violatorias de la Ley Presupuestal o en el otro evento, también por medio de sus agentes ha aceptado que un particular ejecute una prestación, que se haya obligado a favor del Estado sin contar con un contrato que respalde tal obligación.

Examinando esto en conjunto se advierte que se acoge a la interpretación constitucional en el sentido que no necesariamente reparación integral de un perjuicio lleva implícito siempre el pago del perjudicado del daño emergente y el lucro cesante, ya que bien señala la Corte Constitucional el reconocimiento de intereses de mora al contratista tiene su justificación por el daño antijurídico que le han causado al no disponer en tiempo del dinero que ha adquirido con justo título. Entonces el interrogante a contestar, es precisamente, ¿tendría el contratista derecho a los intereses de mora de una suma de dinero adeudada por el Estado pero no adquirida con justo título? Y la respuesta obvia es no, y en este punto es donde cobran relevancia estos planteamientos anteriores de cara al hecho cumplido y la selección de títulos jurídicos de imputabilidad de responsabilidad adjudicados en cada caso, y en donde debe corresponder una forma de reparación integral del daño que verdaderamente responda a las actuaciones del Estado por medio de sus agentes, pero también a las actuaciones de los particulares que también están sometidos al imperio de la ley, de donde la premisa según la cual es fundamental para cualquier clase reconocimiento si el contratista ha adquirido el derecho al pago de su acreencia con justo título, es decir, que el contratista no se haya aprovechado de la situación para lograr la adjudicación de un contrato sin cumplir, por ejemplo, con las normas de selección de contratistas, y en general que su actuación no se pueda relacionar con cualquier manejo fraudulento del contrato.

Se considera necesario plantear el alcance de la reparación integral de acuerdo a lo expuesto, por el impacto directo en las arcas estatales, ya que no se puede seguir sosteniendo que éstas siempre deben responder por el incumplimiento contractual frente al hecho cumplido, y por ende, la reparación del daño, en términos monetarios siempre debe corresponder a un daño emergente y a un lucro cesante. Pues este postulado a partir de las nuevas dinámicas negociales del Estado moderno, no es real, pues el contratista interviene de manera activa en las etapas precontractuales, contractuales y de liquidación del contrato, y no puede declararse ignorante en la materia para atribuirle siempre la responsabilidad al Estado, de cara al hecho cumplido.

Tampoco es viable seguir sosteniendo que solo pagando daño emergente y lucro cesante es que se puede considerar reparado un daño de manera integral, ya que la integralidad es un término que tiene que ver con la justicia y la equidad, y el particular, que es sujeto pasivo de un daño, tiene el derecho que se le repare el daño, pero en las justas proporciones conforme a su intervención en el negocio jurídico, sin salir mejorado en su posición o saliendo beneficiado de su propia culpa.

En este sentido, se exponen las fórmulas de liquidación de los reconocimientos económicos frente al hecho cumplido en sus dos formas tal como se pretende en este trabajo.

Para ilustrar el tema, el prestigioso doctrinante Javier Tamayo sostiene que “[...] la indexación tiene como finalidad permitirle a la víctima obtener la reparación del daño que padeció, en una moneda con un poder adquisitivo igual al que tenía al momento de presentarse el hecho dañoso que lo perjudicó. Es indiscutible que la indexación sea cual fuere el método que se utilice será siempre un factor de la reparación integral del daño ocasionado”¹²⁵.

Otro elemento a considerar en una reparación es la procedencia o no del reconocimiento de intereses. Para ello, se deben analizar los componentes de los intereses: así el interés

¹²⁵ “152. La indexación se aplica por desvalorización o revaluación de la moneda. Pero la indexación no solo tiene en cuenta la desvalorización de la moneda, sino también su revalorización. Lo que acontece es que en la economía contemporánea solo excepcionalmente se produce el fenómeno de la revalorización; como lo normal es el proceso inflacionario, siempre se habla se la indexación por desvalorización de la moneda.” TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil de los perjuicios y su indemnización. Bogotá D.C: Temis, 1986. Vol. 2. p. 238.

simple, puro o técnico que señala el Código Civil en el artículo 1617. Para el mencionado doctrinante es la utilidad que genera un capital, una tasa lucrativa del 6%, es el interés que hubiera producido la suma de dinero que en principio perdió la víctima por causa del daño producido. Es importante señalar, que para el doctrinante el interés puro es posible reconocerlo sobre el daño indexado por cuanto, se cubre la utilidad del dinero más la depreciación monetaria y el reconocimiento económico de esta forma concebido es compensatorio y hace parte del daño.

Así, el 24% anual que corresponde a la inflación durante el último año está compuesto del 18 % anual por desvalorización de la moneda más el 6% del interés puro o lucrativo.

En otras equivalencias, la desvalorización de la moneda que puede ser compensada con el reconocimiento del IPC más el 6% de interés técnico, equivalen a la tasa de intereses bancarios corrientes que incorpora la indexación.

Contrario sensu, el Consejo de Estado cuando ha reconocido sumas a título compensatorio, particularmente en las acciones de enriquecimiento sin causa (*actio in rem verso*) ha reconocido los intereses lucrativos del 6 % pero sobre las sumas históricas, siendo esta opción más severa para quién aspira se le repare el presunto daño.

Y finalmente, tal como la jurisprudencia constitucional que se ha registrado establece, la fórmula de intereses de la Ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario 679 de 1994, dentro del estatuto contractual como la forma de reparar el perjuicio al contratista en donde se concede la actualización de capital para un interés de mora de 12% como el doble del interés legal civil.

3.1.7 Cambios jurisprudenciales en los sistemas liquidatorios de reparación integral del daño en materia contractual. Se debe realizar un recorrido puntual que complemente la investigación de cara a los sistemas de reparación del daño contractual, pero advirtiendo que es una nueva arista obligatoria a considerar al momento de reparar el daño integral, pero que se abordará de manera concreta con referente a jurisprudencias puntuales, ya

que el punto de por sí ameritaría una investigación exclusiva y extensiva a este tema, y este no es el propósito de la investigación.

Pues bien, las posiciones contrarias de la jurisprudencia que se han venido comentado fueron agudizadas por la línea jurisprudencial de intereses dentro del contrato estatal, que de la misma manera, ha cambiado constantemente teniendo como base de manera exclusiva los principios de aplicación de la ley en el tiempo, sin examinar de fondo el título jurídico de imputabilidad de responsabilidad del Estado que correspondía en cada caso se aplicó una fórmula de intereses u otra, con un simple criterio procesalista, sin ninguna correspondencia entre los hechos motivo de juzgamiento con el título jurídico imputabilidad de responsabilidad del Estado y sin que tal escogencia correspondiera a una real formula liquidatoria en función del verdadero daño ocasionado.

En este sentido, se han seleccionado algunas sentencias que recogen las principales posiciones jurisprudenciales de cada época, toda vez que es abundante la jurisprudencia en materia de intereses, y tal como se aclaró anteriormente, no es el punto central de esta investigación, sino una variable que influye en el planteamiento central acerca de la posible reparación integral del daño de cara al hecho cumplido.

Pues bien, la posición jurídica de interpretación jurisprudencial nacida con el tránsito de legislación entre el Decreto 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993 ha tenido varias etapas según se refleja en la siguiente muestra:

Primera etapa: la máxima corporación de lo contencioso administrativo, sostuvo que ante la ausencia de norma expresa que autorizara el reconocimiento de intereses como fue el caso del Decreto 222 de 1983 y las normas que lo antecedieron el Estado no podía reconocer intereses como reparación de perjuicios.

En una segunda etapa, permitieron la aplicación de la ley civil o comercial según si el contratante del Estado fuese comerciante o su actividad enmarcada en las consideradas como mercantiles o no. En el primer evento, se reconocieron los intereses comerciales contemplados en el artículo 884 del Código de Comercio o en el artículo 1617 del Código Civil, bajo la premisa que en los contratos del Estado si se podían pactar intereses de

mora así no existiera norma expresa que lo permitiera frente a un incumplimiento de la administración¹²⁶.

Como ejemplo de tal postura encontramos la sentencia del 25 de julio de 1995 del Consejo de Estado, cuyos apartes más relevantes ponen de presente los análisis jurídicos para el caso del no comerciante:

Por ello la Sala dispondrá en la parte resolutive de la presente providencia el pago de tales sumas, el correspondiente reajuste por desvalorización monetaria y el pago del interés puro o técnico del 6% anual sobre el capital histórico, esto es, sin tener en cuenta el reajuste pactado en el contrato [...]

[...] Toda indemnización debe ser íntegra y completa, ha dicho la Sala en jurisprudencia reiterada. Así en fallo de 20 de marzo de 1980, expediente 1379. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo dijo:

“Toda indemnización debe ser íntegra y completa, de modo que compense para su acreedor el daño que se le produce con el no pago oportuno de la obligación. Así, debe comprender no sólo el rendimiento que dejó de percibir, traducido ordinariamente en intereses, sino también la pérdida del valor adquisitivo de la moneda con la que se pretende pagar. En este orden de ideas el equilibrio o la justeza en la indemnización debe mostrar ésta o similar ecuación; indemnización debida igual a deuda en la fecha del perjuicio, más intereses hasta que el pago se efectúe, más devaluación.

Los rubros de devaluación e intereses puros no se excluyen entre sí, puesto que tienen causas diferentes: Los intereses buscan compensar el perjuicio sufrido por la privación temporal del uso del capital, en tanto que la compensación por depreciación monetaria según Zannoni, se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño originario en signo monetario envilecido. Se habla de intereses puros porque los bancarios corrientes llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia

¹²⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 13 de mayo de 1988 (Exp. 4303). Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Ver también COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 5 de diciembre de 2006 (Exp. 13750). Consejero Ponente: Ruth Stella Correa. “Nota de relatoría TASA DEL INTERES MORATORIO: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de octubre de de 2003 Exp. No.3412, C.P. Alíer Hernández Enríquez.- PRIMERA ETAPA: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 3 de junio de 1977 (Consulta No. 1.141 del 29 de marzo de 1977). Intereses que corresponderían a los pactados y que en ningún caso podían exceder los señalados en el artículo 884 del Código de Comercio. SEGUNDA ETAPA: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 10 de agosto de 1987 (Consulta No.115). Sentencia de 13 de mayo de 1988, Exp. 4303. DESPUES DE LA LEY 80 DE 1993: Sentencia de 28 de octubre de 1994, Exp. 8092, Sentencias de 29 de abril de 1999, Exp. 14.855 y de 17 de mayo de 2001, Exp. 13.635, Sentencia de 9 de octubre de 2003, Exp. No. 3412. Salvamento de Voto del Consejero Mario Alario Méndez a la Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 9 de marzo de 1998, expediente con radicado S-262. Sentencias de 11 de septiembre de 2003, Exp. 14781 de 2003, 9 de octubre de 2003 y 29 de enero de 2004, Exp. 10779”.

del fenómeno inflacionario. De allí que no sería equitativo revaluar y cobrar esta clase de intereses.

Estima la Sala que el extremo de la devaluación deberá reconocerse, porque el concepto indemnización, que busca o pretende volver las cosas al estado anterior, ordinariamente por equivalencia, lo implica. No es justo que las obligaciones dinerarias sigan sometidas hoy para efectos de solución al sistema nominalista, máxime cuando la inflación golpea desde hace varios años en forma alarmante a la economía colombiana y cuando los organismos estatales mismos aceptan índices de devaluación del 18% y aún mayores¹²⁷.

Para el evento en que la contraparte del Estado es comerciante, encontramos la Sentencia del 13 de mayo de 1988, proferida por el Consejo de Estado, la cual afirma:

Si bien es cierto que en aquel campo contractual la competencia de la entidad pública contratante está ligada por ciertas normas superiores de obligado acatamiento, que regulan, unas el proceso de contratación, sus requisitos y formalidades (arts. 25 y ss. del Decreto 222 de 1983) y otras que deben figurar como cláusulas forzosas o de obligatoria consagración dentro de cada contrato (art. 60 del citado Decreto 222), no es menos cierto que por permisión del mismo estatuto contractual, en todo contrato se podrán estipular además, salvo disposición en contrario, las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza [...]

Lo precedente le ha permitido a la doctrina afirmar que en el campo de la contratación pública no existen contratos exclusivamente regulados por el derecho público.

Nadie puede negar que así como el contrato privado legalmente celebrado es ley para las partes (art. 1602 del C. O, así lo es el administrativo; que unos y otros deberán ejecutarse de buena fe (1603 ibídem); que en ambos se puede dar el evento de la mora en casos de incumplimiento o el enervamiento de sus efectos en los eventos del artículo 1609; que la indemnización de perjuicios comprende, por regla general, el daño emergente y el lucro cesante y se debe desde que el deudor esté constituido en mora.

Estos principios operan por mandato legal y se entienden vinculados al contrato, aunque no se hayan expresamente pactado. Puede afirmarse que son elementos comunes, de la naturaleza de todo contrato privado o administrativo.

Y si la Administración contrata con una persona particular que al hacerlo está haciendo un acto mercantil, ese contrato, en lo pertinente, se regirá por las disposiciones del Código de Comercio, tal como se desprende de su artículo 22 en armonía con el 20.

¹²⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 25 de julio de 1985 (Exp 2963). Consejero ponente: Julio Cesar Uribe Acosta.

Disposiciones que al prever tales cosas dan a entender que es este Código el que gobierna el efecto de sus obligaciones, su cumplimiento, los efectos de la mora, los perjuicios, etc., etc.

En este orden de ideas, se destacan los siguientes aspectos jurídicos de alcance general:

Que las normas que regulan, entre otros aspectos, los efectos de los contratos civiles se aplican a los negocios mercantiles, a menos que la ley disponga otra cosa (art. 822 del C. Co.).

Que nadie podrá enriquecerse sin causa a expensas de otro (831 ibídem).

Que en los contratos sujetos al derecho comercial la gratuidad no se presume.

Que en los contratos bilaterales, tanto de índole civil como comercial, va envuelta la condición resolutoria tácita en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado (arts. 1546 del C. C. y 870 del C. de Co.) con la obligación de indemnizar al cumplido o al que se allanó a cumplir.

Que la indemnización de perjuicios, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, se debe por no haberse cumplido la obligación, o haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento (art. 1613 del C. O.

Que los contratos, que deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, obligarán no sólo a lo pactado, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural (art. 871 del C. de Co.).

Que en los contratos mercantiles, en los cuales se presume el ánimo de lucro, cuando hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique la tasa de estos, el interés será el bancario corriente, y si las partes no han estipulado el moratorio, éste será el doble (art. 884 del C. de Co.).

Que en la compraventa sujeta al derecho comercial el vendedor deberá hacer la entrega de la cosa dentro del plazo estipulado (art. 924 del C. de Co); y el comprador deberá pagar el precio en el término convenido o, en su defecto, al momento de recibir la cosa (art. 947 ibídem)...

Finalmente la Sala hace las siguientes precisiones:

a) Los contratos administrativos no se rigen en su integridad por

las normas del Decreto 222 de 1983; el que gobierna, en principio, sólo aquellos aspectos expresamente señalados y que fuera de tocar con el régimen de su competencia y formalidades, ordinariamente tienen que ver con los poderes exorbitantes que la administración posee en el campo de la contratación pública (caducidad, terminación, modificación, interpretación, cláusula penal pecuniaria, sujeción a apropiaciones presupuestales, garantías, renuncia a reclamación diplomática, liquidación unilateral, etc., etc.).

En cambio, los efectos de las obligaciones en general (arts. 1601 y ss. del C. C), así como las reglas sobre el consentimiento, objeto y causa, se regirán por el derecho privado. En esta, por ejemplo, se permiten los pactos que regulan esos efectos en

forma diferente, ya que frente a los mismos, en caso de silencio, la ley suplirá la voluntad de las partes;

El hecho de que en todo contrato de la Administración deberá estipularse la sujeción de su cuantía y pago a las apropiaciones presupuestales, no significa que la Administración no tenga que pagar indemnización alguna en caso de mora. De ser esto así, la cláusula implicaría para una de las partes (la fuerte, normalmente) el privilegio de incumplir sin sanciones, que no existe en el derecho colombiano;

Los contratos y es apenas obvio, se celebran para ser cumplidos dentro de los términos convenidos. Por esa razón, en principio, la Administración no puede hacer reserva presupuestal sino por el valor estipulado;

En los contratos de la Administración deberán acatarse, so pena de nulidad absoluta, las normas que regulan su celebración e imponen las cláusulas obligatorias. En estos mismos, la Administración podrá pactar con cierta libertad las cláusulas usuales según su naturaleza, siguiendo las reglas del derecho privado, a menos que exista disposición en contrario (art. 60 del Decreto 222)¹²⁸.

La tercera etapa jurisprudencial, nace cuando el Consejo De Estado a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993 y particularmente la Sección Tercera, sostuvo que acreditada la mora de la entidad, así el contrato fuese suscrito en vigencia de la normatividad contractual anterior a esta norma, se debían aplicar los intereses contemplados en el artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, con los alcances del Decreto Reglamentario 679 de 1994, en razón a la equidad. Muestra de ello se pueden registrar las siguientes sentencias:

Sentencia del Consejo de Estado de 29 de abril de 1999, en donde afirma:

La Sala reconocerá los intereses moratorios causados en favor del contratista desde la fecha de la liquidación del contrato hasta la fecha de esta sentencia. Si bien es cierto que el contrato 021 de 1988 se gestó y desarrolló durante la vigencia del Decreto 222 de 1983 cuando la Sala aplicaba: o bien el interés técnico legal del 60 / o anual o, de manera excepcional, el interés bancario corriente, con el advenimiento de la ley 80 de 1993 que reguló expresamente la materia, la Sala ha entendido que tal normativa resulta aplicable a los asuntos contractuales de naturaleza estatal que no hubieren sido definidos para la entrada en vigencia de la referida disposición legal - 1 de enero de 1994. Así las cosas, la Sala tendrá presente el contenido del inciso segundo del numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993. Para determinar el monto de los intereses moratorios a cargo del IDU y en favor de la demandante Sociedad A & C S.A., se procede de la siguiente manera: La entidad pública demandada será condenada a pagar al deudor la suma de \$54.632.569,99, por concepto de mayor

¹²⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 13 de mayo de 1988 (Exp. 4303). Op. cit.

cantidad de obras, y la suma de \$28.380.582,40 por la mayor permanencia en la obra. La cantidad que resulte de la suma de estos montos será actualizada año por año o fracción de año hasta la fecha de esta sentencia, tomando en cuenta los índices de precios al consumidor acumulados I.P.C., certificados por el DANE y, sobre el monto actualizado, año por año, se liquidará el doble del interés legal civil, es decir, el 12 anual, a título de intereses moratorios de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 1 del Decreto 679 de 1994¹²⁹.

Sentencia del Consejo de Estado de 17 de mayo de 2001, en donde afirma:

No admite discusión que la obligación principal de la administración para con el contratista es la de pagarle oportunamente el valor de las obras ejecutadas o de los servicios prestados. De ahí que si la administración incumple con esta obligación deba reconocer los perjuicios moratorios que causó con su incumplimiento, los cuales se presumen y en cuanto se refieren a deber una suma líquida de dinero se traducen en el pago de intereses moratorios. En consecuencia, siguiendo el criterio sentado por la Sala en la sentencia del 28 de octubre de 1994, expediente 8092, debe aplicarse el sistema de intereses señalado por la ley 80 de 1993 en el artículo 4 ordinal 8º [...]

Por su parte esta Sección en sentencia del 13 de mayo de 1988 (Rad. No. 4303) consideró que en los contratos que celebra la administración sí podían pactarse intereses moratorios y el juez debía condenar a su pago, aún sin estipulación contractual al respecto. En esa sentencia accedió a las pretensiones del demandante y condenó a la administración a pagar los intereses causados desde el día en que se constituyó en mora (fecha en que se comprometió a pagar el precio del contrato) hasta que efectivamente lo pagó, a la tasa del doble del interés bancario corriente. La suma líquida de intereses se actualizó desde la fecha en que se produjo el pago del capital hasta la fecha de la sentencia condenatoria. Con posterioridad y ya en vigencia de la ley 80 de 1993, en sentencia del 28 de octubre de 1994 (proceso 8092) la Sala ante la petición del reconocimiento de intereses moratorios por el retardo de la administración en el pago de unas actas de ejecución de obra, acreditada la mora de la entidad, condenó al pago de dichos intereses en los términos del artículo 4º ordinal 8º de la Ley 80 de 1993 con los alcances indicados en el artículo 1º del Decreto Reglamentario 679 de 1994, criterio que se acoge en esta sentencia [...]

[...] E. La jurisprudencia ha sido prolija en señalar que no concurren la liquidación de intereses comerciales simples o de mora con la corrección monetaria o indexación, ya que la tasa de interés comercial lleva en su seno la corrección monetaria; pero sí puede concurrir la actualización cuando se condena al pago del interés legal civil (6% anual artículo 1617 C.C). Lo anterior se explica en razón a la tasa: en Colombia la tasa del interés corriente bancario es más alta que la tasa legal (normalmente oscila en el 36 o/o anual) porque en ella se incluye la devaluación. Este criterio fue acogido por el legislador en 1993 en la ley 80. En estas condiciones, la liquidación de la sentencia por parte del Tribunal en tanto reconoció los intereses moratorios a la tasa

¹²⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 29 de abril de 1999 (Exp. 14855). Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández.

del 12 o/o anual sobre el valor histórico actualizado y a la vez condenó al pago del capital actualizado previa la aplicación de los índices del IPC certificados por el Dane se ajusta a las previsiones legales y a las orientaciones jurisprudenciales que la Sala ha desarrollado sobre el tema.

[...] A fin de precisar cuál es la tasa que debe aplicarse para el reconocimiento de los intereses de mora por el incumplimiento de la administración en el pago oportuno de sus obligaciones, dinerarias derivadas de la celebración de un contrato, viene al caso recordar el camino que ha recorrido tanto la jurisprudencia como la ley en esta materia. Hasta la expedición de la Ley 80 de 1993 la tendencia había sido la de no pactar ninguna tasa de interés moratorio. No era usual por tanto, que la administración en los contratos que celebraba conviniera en forma expresa o se definieran convencionalmente los efectos de un eventual incumplimiento de la administración. Así mismo, no existía un criterio unánime sobre la tasa que debía convenirse o si la administración estaba obligada a pagarlos a falta de convenio, e indistintamente se utilizaba la tasa legal civil cuando no la comercial en los términos del art. 884 del Código de Comercio y algunas veces concurrían con la corrección monetaria o la actualización. Y ello fundamentalmente se debía a la falta de formación (SIC) en el derecho administrativo contractual y a las vacilaciones de la jurisprudencia. En un primer momento la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto 1141 del 3 de junio de 1977, consideró que en los contratos administrativos de obras públicas que se celebraran con una empresa de obras o construcciones, empresa comercial, les era aplicable la legislación comercial y por tanto los intereses de mora que debía pagar la entidad pública eran los pactados si se había convenido sobre ellos y a falta de pacto los fijados en el art. 884 del C. de Co. Diez años más tarde la misma Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 10 de agosto de 1987 (No. 115), ya vigente el decreto ley 222 de 1983, manifestó que no podían pactarse intereses en los contratos administrativos al no existir autorización expresa en el régimen de contratación; por consiguiente, el contratista particular frente al incumplimiento de la administración tenía derecho a acudir ante las autoridades judiciales competentes para obtener el resarcimiento de los perjuicios que la mora les hubiere causado. Por su parte esta Sección en sentencia del 13 de mayo de 1988 (Rad. No. 4303) consideró que en los contratos que celebra la administración sí podían pactarse intereses moratorios y el juez debía condenar a su pago, aún sin estipulación contractual al respecto. En esa sentencia accedió a las pretensiones del demandante y condenó a la administración a pagar los intereses causados desde el día en que se constituyó en mora (fecha en que se comprometió a pagar el precio del contrato) hasta que efectivamente lo pagó, a la tasa del doble del interés bancario corriente. La suma líquida de intereses se actualizó desde la fecha en que se produjo el pago del capital hasta la fecha de la sentencia condenatoria. Con posterioridad y ya en vigencia de la ley 80 de 1993, en sentencia del 28 de octubre de 1994 (proceso 8092) la Sala ante la petición del reconocimiento de intereses moratorios por el retardo de la administración en el pago de unas actas de ejecución de obra, acreditada la mora de la entidad, condenó al pago de dichos intereses en los términos del artículo 4º ordinal 8º de la Ley 80 de 1993 con los alcances indicados en el artículo 1º del Decreto Reglamentario 679 de 1994, criterio que se acoge en esta sentencia [...] ¹³⁰.

¹³⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 17 de mayo de 2001 (Exp. 13635). Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque.

No obstante la anterior jurisprudencia y la orientación descrita, es importante la jurisprudencia que se pasa a citar por ser antagónica. Es proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado y por las mismas fechas de la proferida por la Sección Tercera, exactamente el 9 de marzo de 1998, en este caso afirma:

[...] Pero de la realidad fáctica reseñada en los antecedentes de este proceso resulta para la Sala ostensible que el asunto que dió origen a la pretensión principal es de naturaleza eminentemente contractual, como que proviene del incumplimiento en el pago de obras ejecutadas por encima del valor inicial del contrato, pero dentro del objeto propio del mismo. Y si se tiene en cuenta que la acción in rem verso, que se plantea de manera subsidiaria, no encuentra su fundamento en una vinculación contractual sino en una situación de hecho, que en la medida en que enriquece a la entidad estatal produce un empobrecimiento correlativo de la sociedad ejecutora, necesariamente ha de concluirse que el fenómeno de la caducidad de la acción, fundamento básico de la sentencia de primera y segunda instancia, solo habrá de analizarse bajo la perspectiva de la acción contractual, por ser improcedente la formulación de la acción de reparación directa, válida en los casos de enriquecimiento sin causa, que presupone, como ya se dijo, la ausencia de vinculación contractual, evento que no se configura en el presente caso [...]

Se atenderá, así mismo, a la pretensión que busca el reconocimiento del lucro cesante, porque sin lugar a dudas el retardo por parte del Fondo Vial Nacional de su obligación de pagar a la actora la suma adeudada por la obra ejecutada ha causado a ésta el perjuicio de no poder lucrarse con las ganancias que dicho dinero le hubiera podido reportar si lo hubiese percibido oportunamente. - Por definición del artículo 1617 del Código Civil, cuando la obligación es de pagar una suma de dinero, la mora en su cumplimiento da lugar al reconocimiento de intereses, que si no han sido previamente pactados, como ocurrió en el presente caso por no poderse prever la posible mora en el pago, permiten acudir al interés legal del 6% anual. Este reconocimiento se reiteró en el nuevo Estatuto Nacional de Contratación Administrativa - Ley 80 de 1.993 - cuando al establecer los derechos y deberes de las entidades estatales que celebren contratos, prescribe: "Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

Para el caso en examen, obviamente, se aplicará el sistema existente al momento en que se incurrió en el incumplimiento, es decir, se reconocerá el interés legal del 6% anual a que hace mención la norma del Código Civil vigente en diciembre de 1.978...

Por consiguiente, para el reconocimiento de la obligación a cargo del Instituto Nacional de Vías y a favor de la parte actora se procede, a actualizar el valor de la suma adeudada desde diciembre de 1.978, es decir, \$ 9.445.184.32, para lo cual se tomará como base el índice de precios al por mayor certificado por el Banco de la República, y no los índices de precios al consumidor que certifica el DANE porque en operaciones vinculadas con la construcción no son los adecuados. - Así lo precisó la Sección Tercera (Exp. 4101, sentencia de marzo 12 de 1.987. Actor: Mora Mora y Cía., Ltda) al expresar:

Como se pidió en la demanda, la cantidad debida deberá actualizarse “ en valores constantes o con corrección monetaria ”. A este respecto se observa que no podrá tenerse en cuenta el dictámen pericial (a folios 65 y siguientes) por cuanto la actualización se hizo hasta mayo de 1.984 y con índices de precios al consumidor, cuando debieron utilizarse los de precios al por mayor, dada la índole de la actividad cumplida por la empresa constructora.

Aunque este vacío debería dar lugar a una condena en abstracto para su liquidación incidental posterior, la condena se hará en concreto, porque la aplicación de los aludidos índices permitirá la determinación de la suma final o valor presente sin dificultad alguna. Así ese valor será el resultado de la aplicación de la siguiente fórmula

Indice febrero de 1.987

= ----- - x 2.531.348

Indice junio de 1.976

Como es obvio la cuenta de cobro deberá presentarse con la certificación correspondiente del Banco de la República, entidad encargada de suministrar tales índices. En dicho certificado deberán figurar los aludidos extremos”.-

La condena se hará en concreto por razones similares a las expuestas en la transcripción. - El final será el del mes anterior al de expedición de este fallo.-....

Lucro Cesante. - Comprende el interés técnico o legal del 6% anual, calculado sobre el valor histórico del capital, es decir, la suma de \$ 9.445.184.32.

Frente al citado fallo es importante registrar en análisis del salvamento de voto:

Para liquidar el monto de la indemnización debida el valor inicial o histórico se ajustó, según se dijo en la sentencia, con base en el índice de precios al por mayor, no sobre el índice de precios al consumidor; se calculó el lucro cesante, en el concepto de perjuicios por la mora, sobre intereses a la tasa del 6% anual, en aplicación del artículo 1.617 del Código Civil, no a una tasa igual al doble de ese interés, en los términos del artículo 4º, numeral 8, de la ley 80 de 1.993; además, esos intereses se calcularon sobre el valor inicial o histórico, no sobre el valor ajustado.

He aquí las razones de mi discrepancia:

1. El índice de precios al consumidor es una media ponderada que refleja los cambios relativos a los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios que consume la mayoría de la población. Es el indicador estadístico de las variaciones del nivel general de precios empleado más frecuentemente y el principal instrumento de que se dispone para medir la inflación o aumento del nivel general de precios y la desvalorización de la moneda.

Así, cuando con arreglo a ese índice se ajusta la cantidad de moneda que ha de pagarse, se obtiene la cantidad suficiente para mantener intangible el valor de

cambio de la suma original el día en que la obligación se hizo exigible.

Para usar el índice de precios al por mayor y no el índice de precios al consumidor se dijo en la sentencia que este último no resultaba adecuado en operaciones vinculadas a la construcción. No se dijo por qué, pero, de cualquier modo, el índice de precios al por mayor sólo se calculó hasta 1.990, pues desde 1.991 fue sustituido por un nuevo índice, el índice de precios al productor (DANE, Colombia Estadística 1.991, p. 211).

Se advierte, además, que mediante el artículo 1º del decreto 679 de 1.994, reglamentario de la ley 80 de 1.993, se dispuso que los ajustes de valor se hicieran con base en el índice de precios al consumidor.

2. *En la sentencia el lucro cesante, en concepto de perjuicios por mora, se calculó sobre intereses a la tasa del 6% anual, en aplicación del artículo 1.617 del Código Civil, no a una tasa igual al doble, en los términos del artículo 4º, numeral 8, de la ley 80 de 1.993, porque aquél era “el sistema existente al momento en que se incurrió en el incumplimiento”, se dijo.*

Pero esta última afirmación no es cierta, y es la verdad que la mora es infracción que se comete día a día, por cada día de retardo, y no sólo en la fecha a partir de la cual se constituyó en ella el deudor.

Ahora bien, según lo establecido en el artículo 38 de la ley 153 de 1.887 en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo aquéllas concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos resultantes del contrato y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado, la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiera cometido.

Entonces, conforme al artículo 38 de la ley 153 de 1.887, había lugar, en aplicación del artículo 1.617 del Código Civil, a liquidar intereses a la tasa de 6% desde la fecha en que se constituyó en mora el deudor y hasta la entrada en vigencia de la ley 80 de 1.993, es decir, hasta el 1 de enero de 1.994, por la mora de ese período; y a partir de entonces y hasta la fecha, a la tasa del doble, como manda el artículo 4º, numeral 8, de la ley 80 de 1.993.

3. *Finalmente, los intereses se calcularon sobre el valor inicial o histórico, no sobre el valor ajustado.*

Haciéndolo así no se indemniza debidamente, porque la tasa sería decreciente si, sobre un valor que se ajusta mes a mes, se pagara una misma cantidad de dinero [...].¹³¹

Del salvamento de voto en comento se observan los albores de una tercera tesis para el reconocimiento y pago de intereses en materia contractual. Se puede inferir que en las etapas ya comentadas, la primera sostenía que los intereses a reconocer eran los previstos en las normas comerciales y/o civiles vigentes al momento del incumplimiento

¹³¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 9 de marzo de 1998 (Exp. 11101). Consejero ponente: Joaquín Jarava del Castillo.

de la obligación, de esta postura se pasó a aplicar a todo caso no decidido al momento de la expedición de la ley 80 de 1993, el reconocimiento de los intereses de esta norma, con independencia de la norma que rigiera el contrato al momento de sus suscripción. Pero con esta jurisprudencia se observa que el mismo Consejo de Estado frena la aplicación de los intereses de la Ley 80 de 1993, a los asuntos correspondientes a contratos suscritos con el decreto 222 de 1983 o las normas anteriores a esta, y opta por aplicar la posición inicial de esta corporación en una segunda etapa. Finalmente el salvamento de voto presenta una tesis, si se quiere intermedia, entre las primeras, para esbozar lo que fue una cuarta etapa jurisprudencial, como se pasará a ilustrar en los siguientes fallos:

Sentencia del 9 de octubre de 2003, proferida por el Consejo de Estado, en donde afirma:

[...] En materia de intereses de mora debidos por las entidades estatales cuando obran como contratantes, la Sala considera necesario abordar el tema, con el fin de replantear la última posición asumida, partiendo de las siguientes consideraciones: a. Conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo que se trate de aquéllas concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, o de las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado. En este último evento, en efecto, la infracción “será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”. Así las cosas, es improcedente la aplicación del numeral 8º del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 para liquidar el interés de mora debido por una entidad estatal, en virtud del incumplimiento de un contrato celebrado antes de su vigencia, a menos que el retardo se hubiera producido con posterioridad a la fecha en que la misma comenzó a regir. Por la misma razón, no cabe duda de que resulta inocua la circunstancia de que la respectiva controversia no se hubiere definido antes de la fecha indicada, por lo cual su consideración constituye un criterio inapropiado para determinar cuál es la norma aplicable al caso concreto. b. En el Decreto 222 de 1983 no se incluyó norma alguna dirigida a regular el interés moratorio aplicable en caso de retardo en el pago de las obligaciones surgidas de los contratos administrativos. Sin embargo, como lo advirtió el Consejo de Estado en la sentencia del 13 de mayo de 1988, Exp. 4303, es claro que dichos contratos no se regían integralmente por las normas del decreto mencionado, el cual se limitaba a regular los aspectos tocantes con la naturaleza especial de los mismos, como lo es, por ejemplo, el ejercicio de los poderes exorbitantes que tienen las entidades estatales en el campo de la contratación pública. El tema del interés de mora constituía, entonces, simplemente, uno de los varios aspectos que, tratándose de un contrato administrativo, debía regirse por el derecho privado, en cuanto relacionado con los efectos generales de las obligaciones. Podían las partes, entonces, incluir en el contrato, al respecto, las estipulaciones usuales que resultaran conformes con su naturaleza y, a falta de convención expresa, debían buscarse en los códigos Civil y de Comercio las disposiciones que suplieran su voluntad: el artículo 1617 en el primero, y el 884 en el segundo. c. La legislación comercial tiene carácter especial respecto de la legislación civil. Así, tratándose de comerciantes y de actividades mercantiles, y a falta de estipulación expresa de las partes, la norma aplicable para efectos de establecer la tasa de interés de mora debido es el artículo

884 del Código de Comercio. Por su parte, el artículo 1617 del Código Civil estaría dirigido a regular, de manera subsidiaria, las relaciones contractuales civiles entre particulares, cuando éstas no deban regirse, conforme a lo expresado, por la legislación comercial. d. Los principios de reciprocidad y buena fe, fundados, a su vez, en los principios de justicia conmutativa, igualdad y garantía de los derechos adquiridos, rigen las relaciones contractuales, tanto de los particulares como del Estado. Teniendo en cuenta todo lo expresado, concluye la Sala que, tratándose de contratos estatales celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en los que no se ha incluido estipulación alguna en relación con los intereses que deben pagarse en caso de incumplimiento, cuando la persona afectada tiene la condición de comerciante o el acto es para ella de carácter mercantil, no existe justificación alguna para aplicar una tasa distinta a la regulada en el artículo 884 del C. de Co., a fin de sancionar la mora en que ha incurrido uno de los contratantes, aun cuando éste es una entidad estatal. Distinta, sin duda, es la situación en la que el contratista no tiene la condición de comerciante, o el contrato celebrado no tiene para él carácter mercantil, evento en el cual sería aplicable el artículo 1617 del Código Civil, o aquélla en la que el contrato en el que se guardó silencio se celebró después de que la Ley 80 de 1993 comenzó a regir, o aun antes, siempre que la mora se hubiere presentado durante su vigencia, caso en el cual, según lo explicado, su aplicación estaría autorizada por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887. No puede olvidarse que el Decreto 01 de 1984, por el cual se expidió el C.C.A., que regula los procedimientos que deben adelantarse para el ejercicio de las funciones administrativas y para exigir su cumplimiento, previó expresamente que las entidades estatales estarían obligadas a pagar intereses moratorios comerciales, cuando incurrieran en retardo en el pago de las obligaciones de pagar las condenas que, en cantidades líquidas, les fueran impuestas mediante sentencia. Así, no existiendo norma en el Decreto 222 de 1983 que regulara expresamente el interés aplicable en caso de silencio de las partes, el recurso al Código de Comercio, tratándose de contratistas comerciantes o de operaciones mercantiles, según el caso, resultaba, además, coherente con el criterio adoptado por la ley especial respecto de otras obligaciones a cargo de las entidades estatales, que sólo se distinguían por su fuente de aquéllas surgidas como consecuencia del incumplimiento de un contrato. Nota de Relatoría: Ver sentencias C-892/01, C-367/95, C-188/99 y T-531/99 de la Corte Constitucional; conceptos 1141 del 3 de junio de 1977, 115 del 10 de agosto de 1987; Exp. 4303 del 13 de mayo de 1988, Exp. 8092 del 28 de octubre de 1994, Exp. 14855 del 29 de abril de 1999 y 13635 del 17 de mayo de 2001¹³².

Sentencia del 5 de diciembre de 2006, en la cual afirma:

[...] En el contencioso administrativo no ha sido pacífico el asunto relacionado con la tasa de interés de mora y la norma aplicable para dicho reconocimiento. En Sentencia de 9 de octubre de 2003, Exp. No. 3412, se presentó la evolución jurisprudencial que ha tenido el tema así: En una primera etapa, ante la inexistencia de norma expresa en la legislación, se propugnó la tesis de que el Estado no debía pagar intereses de mora, para luego reconocer dicha posibilidad aplicando las normas comerciales (artículo 884 del C. de Co.), en particular para el evento en que el cocontrante tenía la calidad de comerciante y en la medida de que éste ejecutaba

¹³² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia 9 de octubre de 2003 (Exp. 13412). Consejero ponente: Alier Hernández.

actos de naturaleza mercantil regidos por dicha normativa. Posteriormente, dado que el Decreto - Ley 222 de 1983 tampoco consagró una disposición que fijara la tasa de interés aplicable cuando resultara procedente castigar la mora en la que hubiera incurrido una entidad estatal, en virtud del incumplimiento de un contrato, se esgrimió la tesis de que no podían pactarse intereses de esta índole en aquellos contratos denominados administrativos, pero sí podían reconocerse siempre y cuando se acudiera con tal propósito a la jurisdicción; sin embargo, en vigencia de dicho estatuto, esta Sección fue del criterio de su procedencia vía estipulación, o de la ley ante el silencio de las partes, para lo cual aplicó el artículo 1617 del Código Civil y el artículo 884 del Código de Comercio, según si el evento se podía enmarcar por la actividad, el objeto y la parte cocontrante en el régimen civil o mercantil. Tiempo después, este reconocimiento de intereses moratorios y su tasa se recogió en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, al establecer los derechos y deberes de las entidades estatales que celebren contratos, en cuanto prescribió que “Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”. En un primer momento, la Sección Tercera consideró que la anterior disposición contenida en el numeral 8º del artículo 4 ibídem, era aplicable por razones de equidad a los contratos regidos por el Decreto - ley 222 de 1983, y que no hubieren sido definidos a la entrada en vigencia de la referida disposición legal -1 de enero de 1994- (Sentencias de 29 de abril de 1999, Exp. 14.855 y de 17 de mayo de 2001, Exp. 13.635), pero luego paso a concluir que era “...improcedente la aplicación del numeral 8º del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 para liquidar el interés de mora debido por una entidad estatal, en virtud del incumplimiento de un contrato celebrado antes de su vigencia, a menos que el retardo se hubiera producido con posterioridad a la fecha en que la misma comenzó a regir...”, porque el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, expresamente indica que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado (numeral 2), infracción que será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido, debiéndose acudir a esta regla para conocer la norma vigente a la fecha de la mora y ante el silencio de las partes a los artículos 1617 del Código Civil y 884 de Código de Comercio, según que el objeto contractual o el cocontrante se rija por una u otra normativa (Sentencia de 9 de octubre de 2003, Exp. No. 3412). La Sala en desarrollo de esta última tesis observó que la mora es una infracción que se comete día a día y se causan intereses por cada día de retardo en el cumplimiento de la obligación, y no sólo en la fecha a partir de la cual se constituyó en ella el deudor, circunstancia ésta propia de la dinámica de este instituto jurídico que incide en los eventos de tránsito de legislación para la aplicación y liquidación de los intereses por tal concepto.

Ante el silencio de las partes al respecto, de conformidad con el artículo 38, numeral 2, de la Ley 153 de 1887, y en armonía con la figura de la mora, los intereses de mora deben liquidarse de conformidad con la norma vigente al momento de la infracción, de suerte que si la conducta incumplida y tardía del deudor se proyecta en el tiempo y existe durante ese lapso cambio de legislación, es menester aplicar la norma vigente que abarque el período o días de mora de que se trate. En los contratos celebrados por las entidades públicas con antelación a la Ley 80 de 1993, en los cuales no se pactaron intereses de mora ante el incumplimiento, la norma aplicable para sancionar a la parte incumplida y liquidar intereses de mora por el período anterior a su entrada en vigencia, será el artículo 884 del Código de Comercio, si la parte afectada tiene la condición de comerciante o el acto es para éste de carácter mercantil; o el artículo 1617 del Código Civil si el contratista no tiene esa condición; y por el período posterior a la fecha de vigor de la citada Ley 80 de

1993, le será aplicable la disposición establecida en el numeral 8º del artículo 4 ibídem para liquidar el interés de mora¹³³.

Sentencia del 14 de abril de 2010, del Consejo de Estado, en esta ocasión la alta corporación sostuvo:

En síntesis, de acuerdo con el criterio jurisprudencial vigente, se tiene que: (i) Ante el silencio de las partes al respecto, de conformidad con el artículo 38, numeral 2, de la Ley 153 de 1887, y en armonía con la figura de la mora, los intereses de mora deben liquidarse de conformidad con la norma vigente al momento de la infracción, de suerte que si la conducta incumplida y tardía del deudor se proyecta en el tiempo y existe durante ese lapso cambio de legislación, es menester aplicar la norma vigente que abarque el período o días de mora de que se trate. (ii) Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la tasa del interés de mora aplicable en cada contrato que celebren las entidades públicas, ante el silencio de las partes, es la establecida en el citado numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, con independencia de que la actividad ejercida sea o no de carácter civil o comercial, sin perjuicio de que ellas puedan estipular otro tipo de tasa incluso la civil o comercial sin incurrir en interés de usura. (iii) En los contratos celebrados por las entidades públicas con antelación a la Ley 80 de 1993, en los cuales no se pactaron intereses de mora ante el incumplimiento, la norma aplicable para sancionar a la parte incumplida y liquidar intereses de mora por el período anterior a su entrada en vigencia, será el artículo 884 del Código de Comercio, si la parte afectada tiene la condición de comerciante o el acto es para éste de carácter mercantil (arts. 1, 10, y 20 y ss C. Co.); o el artículo 1617 del Código Civil si ninguna de las partes (contratista o entidad) tiene esa condición; y por el período posterior a la fecha de vigor de la citada Ley 80 de 1993, le será aplicable la establecida en el numeral 8º del artículo 4 ibídem para liquidar el interés de mora¹³⁴.

Como conclusión, de las diferentes etapas de reconocimiento de intereses moratorios dentro de la ejecución del contrato del Estado, debemos afirmar con toda precisión, que los jueces cuando fallan acciones contractuales, derivadas de las reclamaciones surgidas de reclamaciones surgidas en las etapas, precontractual, contractual y post-contractual, de manera sistemática fallan con el reconocimiento de intereses moratorios, pero partiendo de la base que siempre se está en el escenario de incumplimiento contractual a cargo del Estado, con falla en el servicio, y aplican la jurisprudencia conforme a las etapas establecidas. En otras palabras siempre reconocen el daño emergente y el lucro cesante (intereses moratorios), y es ahí cuando la reparación integral de daño ocasionado al

¹³³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 5 de diciembre de 2006 (Exp. 22920). Consejero ponente: Ruth Stella Correa.

¹³⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 14 de abril de 2010 (Exp. 17214). Op. cit.

contratista resulta excesivo, en estos términos de reconocimiento económico, porque dicho reconocimiento siempre es indemnizatorio, nunca se contempla la posibilidad del reconocimiento de intereses, no como lucro cesante sino como compensatorios (intereses que son parte del daño emergente, vr.gr, intereses civiles o puros) cuando se trate, por ejemplo, del hecho cumplido de la administración en las formas y modalidades establecidas en esta investigación.

3.2 TEST PARA HALLAR LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO PARA CADA TITULO JURÍDICO DE IMPUTABILIDAD DE RESPONSABILIDAD SELECCIONADOS EN LOS NUMERALES 3.1.3 Y 3.1.4

La reparación integral del daño conforme a los lineamientos constitucionales no necesariamente conlleva al reconocimiento de una indemnización plena de perjuicios en términos de daño emergente y lucro cesante, ya que el concepto de reparación integral incluye unos principios de equidad en función de la participación de las partes frente a los principios constitucionales de buena fe, igualdad, confianza legítima, ecuación contractual (si procede) y justo título. Queda claro, que una indemnización plena procederá siempre y cuando haya incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Estado y ninguna responsabilidad por parte de los contratistas; pero para ello, debe existir como requisito indispensable el documento denominado contrato, debidamente perfeccionado y en estado de ejecutabilidad, salvo las interpretaciones jurisprudenciales que han hecho extensivo el reconocimiento de indemnización de hechos cumplidos cuando se trata de mayores cantidades de obra en los contratos de obra pública a precios unitarios, que en esta investigación se ha admitido siempre y cuando no esté expirado el plazo contractual, caso en el cual no se puede predicar un incumplimiento contractual sino pasar al tratamiento de un hecho de la administración con otras consecuencias.

Del análisis y hallazgo de las inconsistencias de la muestra jurisprudencial, donde no hay claridad en la ubicación de la fuente primigenia de la responsabilidad del Estado para luego plantear una reparación integral de daño consecuente con las circunstancias jurídicas y reales en que se produjo el daño ante la permisividad del hecho cumplido, se

suman las diversas posturas de la jurisprudencia cuyo origen es exclusivamente la aplicabilidad de la ley en el tiempo frente a los vacíos normativos en materia de intereses, interpretaciones estas que son procesales pero que dejan de lado lo más importante al hacer un análisis de un hecho cumplido, y es el deber de partir del análisis del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, en materia de responsabilidad del Estado. Por las anteriores razones se puede citar un ejemplo claro de pronunciamientos judiciales, que ponen de presente la situación en comento.

3.2.1 Ejemplo práctico de selección correcta del título jurídico de imputabilidad de responsabilidad del hecho cumplido.

Así en Sentencia del 6 de marzo de 1997, el Consejo de Estado observa:

HECHOS

Por acta No. 06 de mayo 22 de 1.990 el Consejo Directivo de EMPOPASTO S.A. autorizó al gerente de la entidad para contratar el estudio de impacto ambiental del trasvase del río Bobo para el acueducto de la ciudad de Pasto y para tal efecto se solicitó cotizaciones a las personas inscritas en el registro de consultores de CORPONARIÑO.

El demandante, con base en los términos de referencia suministrados por EMPOPASTO S.A., presentó su propuesta técnica y económica ante la citada entidad y posteriormente, con fecha junio 7 de 1.990 y mediante oficio No. G-212 suscrito por el gerente de EMPOPASTO S.A., se le comunicó al actor que la Empresa había acogido su propuesta y adjudicado el contrato. Dada la brevedad con que la empresa requería el estudio la entidad oficial le entregó los documentos para iniciar su ejecución y el demandante inició las gestiones necesarias para realizarlo.

El 18 de marzo de 1.991, se firmó el contrato de consultoría No. 001 por un valor de \$4.875.000.00, con lo cual se formalizó una situación de hecho, dado que para tal fecha el demandante ya había iniciado el estudio encomendado. El señor GOMEZ ESPAÑA presentó las pólizas respectivas y el recibo de publicación del contrato en el diario oficial, las cuales entregó en la Gerencia de la empresa; así mismo radicó en la Secretaría de esta dependencia una cuenta de cobro para el pago del 50% como anticipo, sin que se le advirtiera que quedaba pendiente para el perfeccionamiento del contrato.

El dieciocho de abril de 1991 a solicitud del gerente de EMPOPASTO S.A. y por su conducto, el actor presentó ante el Consejo Directivo de la entidad contratante el plan de trabajo, mapas del área y un informe sobre el avance del estudio.

El demandante continuó con la ejecución del contrato, vinculando para el efecto a los señores NELSON GERARDO PALACIOS MONCAYO, ELSA SANTACRUZ ROSERO Y MIRIAM JUDITH HERRERA ROMO, a los cuales se les canceló honorarios de acuerdo con los recibos presentados por el actor con la demanda.

Durante el tiempo que el señor JOSE FELIX MORENO MESIAS estuvo en la gerencia de EMPOPASTO S.A. se le informó al demandante que los trámites para el pago del anticipo se realizaban con normalidad. En junio de 1.991 el nuevo Gerente encargado RODRIGO PAREDES, ante la indagación sobre el estado de su cuenta negó tener conocimiento del contrato de autos y días después manifestó al actor que el contrato se suspendía sin dar ninguna explicación.

El señor GOMEZ ESPAÑA solicitó entonces mediante comunicación escrita de fecha 3 de julio de 1.991, una explicación sobre la decisión de suspender el contrato y como respuesta recibió un oficio suscrito por la Jefe del Departamento Jurídico de EMPOPASTO S.A., en la cual remite una copia del acta No. 4 del Consejo Directivo de mayo 14 de 1.991. En el acta aparecen objeciones, infundadas según el demandante, en contra del contratista realizadas por integrantes de ese organismo pero sin que se tomara ninguna decisión de fondo respecto del contrato.

Mediante oficio del veintitrés (23) de agosto de 1.991, en respuesta a una nueva solicitud presentada por el demandante, se le informó que no existía acto mediante el cual se diera por terminado en forma unilateral el contrato debido a que éste no se había perfeccionado.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El hecho de que la administración suscriba un contrato respecto del cual el contratista ha satisfecho todas las exigencias legales para su perfeccionamiento implica la obligación para la entidad contratante de darle cabal cumplimiento y desarrollo, obligaciones que se derivan del artículo 35 del decreto-ley 222 de 1983 y de los principios generales de buena fe y lealtad contractual, circunstancia que a su vez puede originar responsabilidad patrimonial precontractual a cargo del ente estatal, no obstante la inexistencia del contrato¹³⁵.

De la descripción fáctica de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que originó la reclamación judicial, se advierte sin lugar a dudas que el contrato, pese a que medió la suscripción, no tenía respaldo presupuestal, quedó en un estado de inejecutabilidad. Se observa que la entidad contratante desarrolló un sinnúmero de actuaciones que podrán llevar al contratista a pensar, de buena fe y basado en la confianza legítima, que su trabajo sería pagado normalmente, pero el consultor contratado para asuntos ambientales de por sí evidencia que es un contratista cualificado que conoce su oficio, lo que descarta un total estado de indefensión.

¹³⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 6 de marzo de 1997 (Exp. 10038). Op. cit.

El Consejo de Estado, como punto de partida analiza que se trata de una responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la etapa precontractual, no obstante la inexistencia del Estado. Sobre esta premisa, el fallo es del año 1997, en esta época regía la posición jurisprudencial según la cual el registro presupuestal era requisito de perfeccionamiento del contrato, entonces no se entiende la razón por la cual se ubica la responsabilidad en la etapa precontractual, si bien, conforme a diversas jurisprudencias y doctrina, este acto corresponde a la indebida adjudicación de un contrato estatal, es propio de una adjudicación irregular, que nada tiene que ver con los supuestos típicos de un hecho cumplido presupuestal, para lo cual la jurisprudencia ha ilustrado:

[...] Así, el acto de adjudicación supone -desde una faceta positiva- la selección y por lo mismo la aceptación de la oferta que se estima la más conveniente y favorable con arreglo a lo dispuesto en los pliegos de condiciones y -desde una faceta negativa- la no adjudicación a los otros proponentes.

Sin embargo, conviene precisar que el acto de adjudicación, en tanto por él se acepta la oferta del oferente favorecido y se concluye el procedimiento licitatorio, en el derecho nacional aunque no perfecciona el vínculo jurídico en tratándose del contrato estatal, es presupuesto sine qua non para la ulterior celebración del respectivo contrato, como que crea la obligación tanto para la administración como para el adjudicatario de elevar a escrito el acuerdo de voluntades.

De modo que la suscripción no es sino la formalización de la voluntad administrativa de la entidad licitante expresada a lo largo de ese proceso y de la del co-contratante que formuló la oferta seleccionada, en lo que Alessi llama "fase integrativa", con el fin de lograr el perfeccionamiento del contrato en los términos del artículo 41 de la Ley 80. Con esta perspectiva, el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 establece que el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.

Así lo había reconocido, de antaño, la jurisprudencia de esta Corporación: "Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones, y de la que el contrato no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal".

Por manera que, el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones, entre otros, directamente entroncados con la celebración misma del negocio jurídico.

En tal virtud, serán los oferentes no favorecidos así como la misma administración, quienes en realidad de verdad ostentan un interés legítimo para demandar el acto de adjudicación, en tanto podrían alegar que fueron privados injustamente del derecho a

*ser adjudicatarios, o se vieron afectados con la adjudicación, en orden a proteger un derecho subjetivo que se estima vulnerado por el acto demandado [...]*¹³⁶.

Entonces sin mayor análisis, no es una responsabilidad precontractual sino un hecho cumplido, y este debió ser el tratamiento que debió dársele al caso. No obstante, el tema de la indemnización fue abordado en la mencionada sentencia de la siguiente manera:

El daño material

La renuencia a ejecutar un contrato válidamente celebrado y perfeccionado sólo genera por parte de la administración, la obligación de pagar al contratista una suma de dinero por concepto del daño antijurídico causado (artículo 90 de la Constitución Política), pero esto no incluye el reconocimiento de los gastos realizados por el contratista tendientes a lograr el perfeccionamiento y ejecución del contrato, pues éstos se excluyen de la utilidad que el contratista espera recibir del mismo, toda vez que para que pueda recibirla debe efectuar previamente esta clase de gastos. Dicho de otra forma, constituye una inversión que debe realizar para obtener la utilidad esperada. Por esta razón la Sala no reconocerá los gastos realizados para la legalización del contrato, tales como pólizas, timbre, publicación, etc., ni los honorarios pagados a los auxiliares del consultor.

Adviértase que no se selecciona el título de responsabilidad, y continúa diciendo:

Así mismo, en la suma total a pagar por concepto del estudio realizado (cuatro millones ochocientos setenta y cinco mil pesos, \$4.875.000.00, según expresa la cláusula quinta del contrato 001 de 1991, folios 17 y 18 del cuaderno No. 2), se encuentran incluidos algunos gastos que en estricto sentido no constituyen remuneración del consultor sino que corresponden a expensas necesarias para cumplir con la logística del estudio, tales como viajes al sitio, fotocopias, servicios de mensajería y fax, servicios públicos, etc., que no deben imputarse a los perjuicios sufridos porque el demandante no ha incurrido en estos gastos. Por esta razón y en atención a las características propias del contrato de consultoría celebrado con persona natural, en donde el conocimiento y la experiencia del consultor son la base fundamental del estudio a realizar y de acuerdo con el arbitrio judicis, la Sala tasaré estos gastos en un 15% del valor total de los honorarios pactados en el contrato.

En consecuencia se reconocerá por este concepto la suma de cuatro millones ciento cuarenta y tres mil setecientos cincuenta pesos m/l. (\$4.143.750), de acuerdo con la siguiente operación:

¹³⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 13 de junio de 2011 (Exp. 19936). Consejera ponente: Ruth Stella Correa.

$\$4.875.000 - 15\% = X$ o valor histórico

Donde Valor histórico o $X = \$4.875.000 - \$731.350 = \$4.143.750$

Este valor deberá actualizarse a la fecha de esta sentencia con base en el índice de precios al consumidor, teniendo en cuenta las fechas en las cuales el demandante hubiese recibido los dineros según el contrato de Consultoría No. 001 de 1991(anticipo y saldo) y según la siguiente fórmula:

$$V_p = (\text{Valor histórico}) \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde el índice final será siempre el vigente a la fecha de esta sentencia y el inicial el correspondiente a marzo de 1991, fecha contractual de pago del anticipo (equivalente al 50% de la suma total pactada) y agosto de 1991, fecha contractual de pago del saldo restante (equivalente al otro 50%).

Efectuadas las operaciones tenemos:

Para el pago del anticipo:

*50% del valor histórico (anticipo) =2.071.875

*Índice final: 606.66 (Febrero de 1997)

*Índice inicial: 181.85 (Marzo de 1991)

$V_p = 2.071.875 \frac{\text{índice final}}$

índice inicial

$V_p: \$2.071.875 \times 3.336046191916$

$V_p: \$6.911.871$

Para el pago del saldo:

*50% del valor histórico (saldo) =2.071.875

*Índice final: 606.66 (Febrero de 1997)

*Índice inicial: 199.98 (Agosto de 1991)

$V_p = 2.071.875 \frac{\text{índice final}}$

índice inicial

$V_p: \$2.071.875 \times 3.033603360336$

$V_p: \$6.285.247$

Hechos los cálculos respectivos tenemos como resultado seis millones novecientos once mil ochocientos setenta y un pesos (\$6.911.871.00) y seis millones doscientos ochenta y cinco mil doscientos cuarenta y siete pesos (\$6.285.247.00), valores de la indemnización a reconocerse.

En cuanto a los intereses, la suma a reconocer se liquidará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º., numeral 8º. de la ley 80 de 1993 y en el artículo 1º. del decreto 679 de 1994, dado que en el contrato no se pactaron intereses y esa norma es aplicable al contrato en este aspecto, por cuanto se trata de una situación aún no definida. Tales intereses se liquidarán desde la fecha en que la obligación se hizo exigible, esto es desde marzo de 1991 para el 50% inicial que corresponde a la fecha contractual de pago del anticipo (equivalente al 50% de la suma total pactada) y desde agosto de 1991 para el otro 50% que corresponde a la fecha contractual de pago del saldo restante, en ambos casos hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia (marzo de 1997)¹³⁷.

De la liquidación se advierte que pese a que el contrato en cuestión es del 18 de marzo de 1991, se optó por aplicar a título jurídico de imputabilidad de responsabilidad del incumplimiento contractual los intereses de la Ley 80 de 1993, sin mediar un test completo tendiente a ubicar el título de imputación real bajo el cual se condenaría la compensación económica. De ahí que se termine fallando la reparación de daño, con un daño emergente y un lucro cesante de intereses moratorios en los términos ya comentados.

A manera de conclusión, en el presente caso recurrieron a un ficción para darle soporte a una acción indemnizatoria contractual sobre la base de un presunto incumplimiento precontractual, para fallar el caso con una liquidación aplicando las normas de la Ley 80 de 1993, cuando de los hechos se evidencia que fue un típico contrato inejecutable por vicios presupuestales, en donde no se evidencia la existencia de un título ejecutivo para liquidar unos intereses de mora; donde tampoco puede haber responsabilidad precontractual, pues la causa de la no ejecución del contrato no se originó en la etapa de selección ni adjudicación del contrato, que corresponde a la etapa precontractual propiamente dicha. En razón a lo anterior, el título de reconocimiento no podía ser el incumplimiento contractual, si se parte de la misma declaración de la corporación que el contrato no existió; ante la imposibilidad de poder constatar las calidades del contratista,

¹³⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 6 de marzo de 1997 (Exp. 10038). Op. cit.

se puede para efectos de este ejercicio identificarlo como un contratista no profesional, que ejecutó una obra a favor del Estado con alguna apariencia de legalidad; caso en el cual, la liquidación debió corresponder al pago de un daño emergente (sería el único valor a reconocer frente al contratista profesional), es decir, una actualización de las sumas debidas más el lucro cesante el 6% de interés sobre el valor histórico previa deducción de la utilidad del daño emergente, siendo además la fórmula de reparación del daño vigente para la época del contrato.

El anterior ejemplo sirve para ilustrar las diferencias e importancia de establecer un test completo de análisis frente a unos hechos al momento de seleccionar el título jurídico de imputabilidad de responsabilidad del Estado, y no quedarse exclusivamente en la aplicación de los intereses en función de la aplicación de la ley en el tiempo, dado que esta ha sido la tendencia marcada en todos los fallos proferidos, porque se omite el deber de aplicar los principios constitucionales en detrimento de las arcas del Estado, y en últimas, en contra de todos los administrados. Con el ejemplo propuesto que solo es un muestra aplicable a todos los casos jurisprudenciales recogidos en esta investigación confirman las inconsistencias jurisprudenciales planteadas desde el comienzo de este trabajo y la obligación inminente de proponer unas formulas reales de reparación del daño, que conjuguen todos los elementos del test de razonabilidad decantado en este estudio.

3.3 PROPUESTA DE FORMULA LIQUIDATORIA QUE REPARE INTEGRALMENTE EL DAÑO CAUSADO, ANTE LA CONSECUCIÓN DEL HECHO CUMPLIDO.

Se indicaba en la jurisprudencia recopilada, que en este evento el título jurídico de imputabilidad de responsabilidad sería el incumplimiento contractual del Estado, es decir, que la formula liquidatoria es la prevista en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 679 de 1994, para los contratos ejecutados con posterioridad a la expedición de dicha ley o para las

partidas entradas en mora así sea un contrato suscrito bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, con posterioridad a la Ley 80 de 1993; posición que fue replanteada en los últimos fallos judiciales en donde las partidas derivadas de un contrato y entradas en mora antes de la citada Ley 80, se regirán por la ley de intereses vigente para la época.

Este supuesto tiene dos variantes:

La primera, corresponde cuando estas mayores cantidades de obra son reconocidas en documentos por la administración (actas de recibo definitivo, actas de obra, actas de costos, actas de liquidación, etc.). Es decir, que existe una obligación clara, expresa y exigible de pago de estas mayores cantidades de obra en título ejecutivo proveniente de deudor, en este caso, la administración.

La segunda, habiéndose ejecutado las obras son sujetas a verificación, por no mediar ningún documento en el cual conste tal reconocimiento por parte de la entidad.

En la primera alternativa, no cabe duda que la obligación es exigible desde el momento mismo del reconocimiento o desde el plazo contractual acordado por las partes para pagar tales acreencias, y la mora en el pago de la obligación es evidente; ante lo cual, no hay discusión alguna que la indemnización se deberá otorgar en los términos del artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto Reglamentario 679 de 1994. Adviértase que es una práctica común que aún sin contar con respaldo presupuestal suficiente para el pago de este tipo de obligaciones, los servidores públicos se arriesgan a suscribir este tipo de documentos dejando la prueba de la propia falla del servicio.

Ante la segunda alternativa, en donde las mayores cantidades de obra están sujetas a verificación y reconocimiento técnico, de ninguna manera se puede pensar que se está frente a una obligación exigible y en mora; hay un incumplimiento contractual por cuanto la partida presupuestal no existe para cubrir tal pago, lo cual debió ser garantizado desde el principio por la entidad, pero dicho incumplimiento no puede ser a título de mora, porque indudablemente la obligación no es expresa, clara ni exigible para su pago, en la medida en que el derecho existe pero no ha sido reconocido en términos cuantitativos y cualitativos.

En este evento, trátase de un contratista profesional que accedió a las mayores cantidades de obra y que participó en este acuerdo de voluntades, desconociendo el estatuto de contratación y la Ley de Presupuesto, no puede demandar el reconocimiento de intereses de mora y la liquidación de los reconocimientos económicos. Se debe reflejar el castigo por su anuencia a ejecutar obra sin el lleno de los requisitos presupuestales.

Así la formula liquidatoria debe reconocer previo a los reconocimientos y verificaciones técnicas, el daño emergente producido: compuesto de la actualización de las mayores cantidades de obra más el interés lucrativo del 6% con la metodología de la Ley 80 de 1993 (sobre el valor histórico actualizado).

No obstante, se observa procedente que del ítem respectivo sea deducido de los componentes del AIU el porcentaje correspondiente a la utilidad. Obviamente, que este porcentaje es más fácil de ubicar en los contratos a precios unitarios que en otras formas de contratación, pero será la habilidad del negociador o conciliador que decante de las pruebas de las inversiones el valor de la utilidad para ser deducido.

Respecto al contratista no profesional, la variación estaría en no hacerle la deducción del porcentaje de la utilidad, ya que en virtud de la buena fe y lealtad contractual tiene derecho a esta, pero conservaría la actualización y los intereses del 6% como lo admite la ley, con la metodología de la Ley 80 de 1993, sobre el valor del daño actualizado.

Cuando las mayores cantidades de obra se ejecutan vencido el término contractual, se debe resaltar que la falla de la administración es mayor y sería todavía más grave que un servidor público acceda a plasmar en documentos idóneos para ser título ejecutivo contra la entidad estos reconocimientos cuando ante tal situación se hace necesario un pronunciamiento judicial para optar por el pago de algún reconocimiento.

Si un servidor público en un acto de ligereza plasma tales reconocimientos en documentos que puedan constituir título ejecutivo no cabe duda, que el Estado debe responder de manera doble por las fallas de sus funcionarios y no solo reconocer el daño emergente sino los intereses de mora, conforme a las previsiones del estatuto contractual. Otra situación será el juzgamiento de las posibles acciones de repetición.

Realizada esta advertencia se considera que es evidente el grado de culpa del contratista profesional en consentir la ejecución bajo condiciones irregulares presupuestales y además por fuera del contrato, debe repercutir en sus aspiraciones en una reparación integral del daño, y automáticamente debe abandonar los privilegios y derechos que consagra la Ley 80 de 1993, y tal como se indicó en el Capítulo Segundo, el título jurídico de imputabilidad de responsabilidad es un hecho dañoso de la administración bajo las advertencias allí plasmadas, entonces debe el contratista afectado recibir su compensación económica dentro de los límites de una responsabilidad civil extracontractual a título indemnizatorio si se trata de un contratista no profesional-casual, y a título de enriquecimiento sin causa para el contratista profesional, los dos en una responsabilidad compartida con el Estado, por contribuir en los hechos causa del daño que se le ocasionó.

En estos eventos, la jurisprudencia ha tenido dos clases de condenas; una en la cual condena a una simple actualización el valor de lo invertido, y la otra, donde reconoce adicionalmente el 6% del interés técnico pero sobre los valores históricos.

Recogiendo los conceptos contenidos en este capítulo, parece lo más acertado acoger el concepto del doctrinante, en el sentido que el interés lucrativo del 6% hace parte del daño emergente, pero hace relación a un rendimiento o utilidad normal del dinero, al tener un sentido de utilidad se observa justo y equitativo que el contratista profesional pierda tal reconocimiento, así como el porcentaje correspondiente en el AIU del contrato (no puede reclamar un concepto propio de un contrato ejecutado dentro del marco de la ley). En este evento solo tendría derecho a la actualización.

Por el otro lado, se observa equitativo que el contratista casual aspire a recibir el interés lucrativo del 6% sobre el capital actualizado, previa deducción de la utilidad, caso en el cual se opta por reconocer la fórmula compensatoria más favorable al contratista no profesional, en razón a que por lo menos en este evento existió el documento denominado contrato que legitima su actuación en términos de buena fe.

Finalmente, frente al evento en que la obra se ejecute, el servicio se preste o el suministro se entregue sin que exista un contrato que respalde tal operación, definitivamente el contratista profesional debe limitarse a solicitar una compensación económica a título de

hecho de la administración y de enriquecimiento sin causa consistente en una simple actualización, previa deducción de cualquier ítem de utilidades, y para el no profesional, de la misma manera el título de responsabilidad es un hecho dañoso también a título de enriquecimiento sin causa con la fórmula típica de la *actio in rem verso* establecida jurisprudencialmente, la actualización del capital previa deducción de utilidad más el interés lucrativo del 6% sobre el capital histórico.

Se encuentra que para efectos liquidatorios igual tratamiento tendría la obra adicional y/o complementaria al objeto principal del contrato, dependiendo si se ejecutó dentro o por fuera del plazo contractual y las calidades del contratista.

4. CONCLUSIONES

Una vez finalizada la investigación, se encuentra que el objetivo propuesto de esta se ha cumplido, en la medida que se puede dar una respuesta certera a nuestro fundamental interrogante, y proceder a afirmar que sí es posible pagar al contratista –particular la obra ejecutada, el servicio prestado o el bien adquirido por el Estado, en presencia de un hecho cumplido dentro de las variables seleccionadas en este estudio.

No obstante, la confirmación a este pago debe estar acompañado, como hemos demostrado, a la conjugación de los principios constitucionales de cara a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos que originaron el hecho cumplido y es precisamente de esta conjugación que surge la selección correcta del título jurídico de imputabilidad de responsabilidad del Estado, como premisa antecedente e indispensable para optar por una reparación del daño acorde a unos alcances financieros que respondan a la realidad de hecho y derecho presentada, y no como una reparación integral caprichosa, o simplemente basada en la aplicación de la ley procesal en el tiempo sin mayores consideraciones.

Se deriva de esta correcta selección del título, romper con el paradigma, según el cual, siempre que hay un hecho cumplido dentro de la ejecución de un contrato estatal, siempre existe incumplimiento contractual y su reparación necesariamente debe estar acorde con las disposiciones del Estatuto General de Contratación, y que, además, la reparación integral de un daño no es siempre del daño emergente y lucro cesante; por el contrario, también existe reparación integral con el pago del daño (que puede incluir el interés legal) a título compensatorio.

En este sentido, y a pesar de la resistencia de la jurisprudencia en reconocer el principio de derecho del enriquecimiento sin causa, que ciertamente es un principio general del derecho, que además está recogido en la legislación colombiana en el artículo 831 del Código de Comercio, como título jurídico de imputabilidad de responsabilidad del Estado como autónomo y no subsidiario a otro título; y como consecuencia de esto que la *actio in*

rem verso o acción de enriquecimiento sin causa debe erigirse como una acción autónoma y no subsidiaria.

La situación anotada, es la que ha generado una serie de fallos disímiles frente a los mismos hechos, aunque la jurisprudencia le ha salido al paso, aduciendo la autonomía del juez en encuadrar el tipo de acción frente a las pretensiones del demandante. De hecho, en muchas de las sentencias aquí consideradas, han optado por aplicar el principio de autonomía judicial, para encausar el tratamiento de la acción, y por ende, la respectiva condena. Es precisamente este elemento discrecional ha generado la imposición de criterios alejados incluso de los parámetros constitucionales y planteando argumentaciones como la referente cuando se presenta el hecho cumplido, donde se presenta la responsabilidad precontractual del Estado, aunque la misma jurisprudencia tiene una línea clara referente a lo que considera este tipo de responsabilidad.

Se evidencia la tendencia a aplicar los principios del derecho privado en materia contractual por parte del Consejo de Estado, como la plena liberalidad de las partes frente al *ius variandi* para modificar los contratos o las metas físicas del mismo, desconociendo con mucha frecuencia que el contrato estatal tiene unas características propias de derecho público, que garantizan que este sea el principal instrumento de ejecución presupuestal de las arcas del Estado, y al no tener esta perspectiva, los magistrados fallan sin tener en cuenta la organización de las finanzas del Estado. Muestra de ello es todo el análisis realizado en esta investigación.

Por estas circunstancias expuestas, se propugna por la necesidad imperiosa que la acción compensatoria de enriquecimiento sin causa sea recogida legalmente, y que los alcances de la reparación integral del daño también sea definida a nivel legislativo, donde se marque plenamente las características de la reparación integral, que no siempre está traducido en un incumplimiento contractual por falla del servicio a través de sus agentes. Por ende, no siempre puede tener alcance indemnizatorio, a pesar que la tendencia jurisprudencial enmarca como regla general el hecho cumplido presupuestal en materia contractual con el citado alcance indemnizatorio.

Otro aspecto de especial relevancia que hemos logrado esbozar es que el contratista del Estado, tal como lo señala la ley es un colaborador de la administración, pero esta

colaboración se constata cuando es un protagonista y también determinante en la escogencia y adelantamiento de los procesos administrativos, que lo hacen copartícipe en las decisiones que el Estado adopte. Por tanto, también debe sufrir las consecuencias de estas intervenciones y recibir de presentarse un hecho cumplido, lo que en justicia y equidad le corresponda, y no pretender beneficiarse de su propia culpa, de ahí que la selección del título de responsabilidad el juzgador, conciliador, ordenador del gasto debe ser cuidadoso en el acervo probatorio para ubicar en sus justas proporciones las responsabilidades de las partes al momento de pretenderse una justa compensación económica.

En este orden de ideas, si se compara el alcance de las condenas en estos fallos originados en la Ley 18 de 1982, (INGECOS, SOCOCO, CONIC, MORA MORA) cuyo origen real fue la falta de planeación y ejecución de un contrato de obra por parte del Estado, con el grupo de fallos donde el origen no es un contrato sino un hecho de la administración (OLLIVETTI, FONDATT, INTERASED, INTEGRAL, entre otras), el tratamiento es exactamente igual frente al planteamiento liquidatorio de la condena: en todos ellos se condena al pago de lo debido actualizado más el 6% del interés civil sobre el valor histórico. Entonces, en la condena no se refleja la diferencia en la fuente primigenia de la obligación del pago de la reparación integral del daño. En consecuencia, la práctica de condenar sin meditar en el origen de un eventual hecho cumplido presupuestal ha sido una práctica inveterada de los jueces de la justicia contenciosa administrativa.

Esta investigación concluye que la posición de reconocimiento de los intereses en materia contractual con el único criterio procesal del tránsito de la ley en el tiempo y la aplicación de la ley ante el vacío normativo, con un divorcio al real título jurídico de imputabilidad de responsabilidad del Estado de acuerdo a la situación fáctica presentada, genera unas condenas liquidadas en exceso en contra de las arcas públicas y con una clara afectación al gasto público de manera impropia.

Se constata en esta investigación, la tendencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de enmarcar el hecho cumplido como incumplimiento de la administración, y por ende, con las consecuencias económicas en sus fallos. Posición que con frecuencia es

nutrida con postulados como el *ius variandi*, criterios eminentemente del derecho privado, que de no fijarse los límites en el derecho público, y en especial en los criterios constitucionales del gasto público, generarán posiciones abiertamente lesivas para el patrimonio del Estado.

Además, se considera haber realizado un aporte para los servidores del Estado, que como consecuencia de sus funciones deben adoptar decisiones de reconocimiento y pago de hechos cumplidos, sea como ordenadores de gasto, como apoderados, como miembros del Comité de Defensa Judicial, conciliadores, procuradores delegados y jueces, para que rompan con los paradigmas que venían utilizando y propongan fórmulas de reconocimiento y pago más acordes con los fundamentos constitucionales y en beneficio directo de las arcas del Estado.

Finalmente evidenciamos que se cumplió con todos los objetivos de la investigación inicialmente propuestos e incluso se logró colocar en evidencia aspectos adicionales que inicialmente no se detectaron, pero que con el avance de la investigación surgieron tal como lo hemos señalado en estas líneas.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. 2 ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2004. 505 p.

COLOMBIA. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Conceptos Jurídicos Presupuestales. Bogotá D.C.: El Ministerio, 2011. 284 p.

DÁVILA VINUENZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 2 ed. Bogotá D.C.: Legis, 2003. 890 p.

HINESTROSA FORERO, Fernando. Tratado de Obligaciones. 3 ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2007. V. 1.

MORELLO, Augusto. Indemnización del daño contractual. 3 ed. Buenos aires: Abeledo Perrot, 2003. 675 p.

RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. 5 ed. Bogotá D.C.: Leyer, 2007.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil de los perjuicios y su indemnización. Bogotá D.C: Temis, 1986. Vol. 2.

JURISPRUDENCIA

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil. Concepto 1439 (18, julio, 2002). Consejera ponente: Susana Montes de Echeverri.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 13 de junio de 2011 (Exp. 19936). Consejera ponente: Ruth Stella Correa.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 23 de junio de 2010 (Exp. 18348). Consejero ponente: Gladys Agudelo Ordoñez.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 14 de abril de 2010 (Exp. 17214). Consejero ponente: Ruth Stella Correa.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 18 de febrero de 2010 (Exp. 15596). Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 22 de julio de 2009 (Exp. 35026). Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2008 (Exp. 16781). Consejera ponente: Ruth Stella Correa.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 30 de julio de 2008 (Exp. 26520). Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 7 de junio de 2007 (Exp. 14669). Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 8 de marzo de 2007 (Exp. 16421). Consejero ponente: Ruth Stella Correa.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 5 de diciembre de 2006 (Exp. 13750). Consejero ponente: Ruth Stella Correa.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 5 de diciembre de 2006 (Exp. 22920).
Consejero ponente: Ruth Stella Correa.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 28 de septiembre de 2006 (Exp. 15307).
Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 30 de marzo de 2006 (Exp. 25662).
Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 5 de octubre de 2005 (Rad. no. AP-01588).
Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia 9 de octubre de 2003 (Exp. 13412). Consejero
ponente: Alier Hernández.

-----, -----, Sección quinta. Sentencia de 11 de diciembre de 2002. Consejero ponente:
Darío Quiñones Pinilla.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 18 de julio de 2002 (Exp. 22178). Consejero
ponente: Alier Hernández.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 17 de mayo de 2001 (Exp. 13635).
Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 6 de abril de 2000 (Exp. 12775). Consejero
ponente. Ricardo Hoyos Duque.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 29 de abril de 1999 (Exp. 14855). Consejero
ponente: Daniel Suárez Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 24 de agosto de 1998 (Rad. no. ACU-405). Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 16 de julio de 1998 (Exp. 10652). Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 9 de marzo de 1998 (Exp. 11101). Consejero ponente: Joaquín Jarava del Castillo.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 30 de enero de 1998 (Exp. 11172).
Consejero Ponente: Luis Fernando Olarte.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 29 de enero de 1998 (Exp. 11099).
Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 22 de octubre de 1997 (Rad. no. AC-5163)
Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 4 de julio de 1997 (Exp. 10030). Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 6 de marzo de 1997 (Exp. 10038). Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 8 de mayo de 1995 (Exp. 8118). Consejero ponente: Juan de Dios Montes Hernández.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 13 de julio de 1993 (Exp. 8163). Consejero ponente: Juan de Dios Montes Hernández.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia 25 de octubre de 1991 (Exp. 6103). Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 11 de octubre de 1991 (Exp. 5686). Consejero ponente: Julio César Uribe Acosta.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 6 de septiembre de 1991 (Exp. 6306).
Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 4 de marzo de 1991 (Exp. 5825). Consejero
ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 22 de febrero de 1991 (Exp. 5618).
Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 13 de mayo de 1988 (Exp. 4303). Consejero
ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 6 de agosto de 1987 (Exp. 3886). Consejero
ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 12 de marzo de 1987 (Exp. 4101). Consejero
ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 25 de julio de 1985 (Exp 2963). Consejero
ponente: Julio Cesar Uribe Acosta.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 11 de diciembre de 1984 (Exp. 4070).
Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

-----, -----, Sección tercera. Sentencia de 9 de marzo de 1984 (Exp. 2850). Consejero
ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-965 de 21 de octubre de 2003.
Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-916 de 29 de octubre de 2002.
Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

-----, -----, Sentencia C-426 de 29 de junio de 2002. Magistrado ponente: Rodrigo
Escobar Gil.

-----, -----, Sentencia C-892 de 22 de agosto de 2001. Magistrado ponente: Rodrigo
Escobar Gil.

-----, -----, Sentencia C-188 de 24 de marzo de 1999. Magistrado ponente: José
Gregorio Hernández Galindo.

-----, -----, Sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996. Magistrado Ponente: Alejandro
Martínez Caballero.

-----, -----, Sentencia C-337 de 19 de agosto de 1993. Magistrado Ponente: Vladimiro
Naranjo Mesa.

-----, -----, Sentencia T-422 de 19 de junio de 1992. Magistrado ponente: Eduardo
Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 13
de diciembre de 2001 (Exp. 0047). Magistrado ponente: Silvio Fernando Trejos.

-----, -----, Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de noviembre de 2001 (Exp.
6406). Magistrado ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

-----, -----, Sala Plena. Sentencia de 21 de octubre de 1982 (Exp. 984). Magistrado
Ponente: Luis Carlos SÁCHICA.

NORMATIVIDAD

COLOMBIA. Código Civil. 25 ed. Bogotá D.C.: Legis, 2010. 766 p.

----- . Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. 34 ed. Bogotá D.C.: Leyer, 2012. 677 p.

----- . Constitución Política. 27 ed. Bogotá D.C.: Legis, 2012. 659 p.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1450 (16, junio, 2011). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2011. no. 48102.

----- . ----- . Ley 819 (9, julio, 2003). Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2003. no. 45243.

----- . ----- . Ley 80 (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1993.

----- . ----- . Ley 18 (20, enero, 1982). Por la cual se autorizan reconocimientos. Diario oficial. Bogotá D.C., no. 35937.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 734 (13, abril, 2012). Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2012. no. 48400.

----- . ----- . Decreto 2474 (7, julio, 2008). Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2008. no. 47043.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 2170 (30, septiembre, 2002). Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2002. no. 44952.

----- . ----- . Decreto 111 (15, enero, 1996). Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1996. no. 42692.

----- . ----- . Decreto 222 (2, febrero, 1983). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1983. no. 36189.

ESPAÑA. Constitución política de 1978. Disponible en [online]:
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t4.html#a106

ARTÍCULOS EN LINEA

ELTIEMPO.COM. Contrato llave en mano. En: Eltiempo.com. 4, diciembre, 2000. [En línea]: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1299117>.

RAMÍREZ RAMÍREZ, Jorge Octavio. La Conciliación Contencioso-Administrativa y los hechos cumplidos. En: Revista Judicial. Junio, 2009, no. 12. p. 17-19.

RESTREPO OSPINA, Adriana María. Acción de cumplimiento y deberes de gasto. En: Estudios de Derecho. Diciembre, 2009, vol. 66, no. 148. p. 201-227.

ROJAS LOPEZ, Miguel David y BOHÓRQUEZ PATIÑO, Natalia Andrea. Aproximación metodológica para el cálculo del AIU. En: Dyna. Junio, 2010, no. 162. p. 293-302.

WEISS, Tamara. Contrato de suministro. [En línea]:

http://www.todoiure.com.ar/monografias/mono/civil/contrato_de_suministro.htm

[Consultado 14, enero, 2012 a las 22:43].