

LA ETAPA CONTRACTUAL EN LOS NEGOCIOS DE LA ADMINISTRACIÓN. ESTUDIO DE LAS FIGURAS JURÍDICAS REGULADAS POR EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN^{*23}

Germán Vallejo Almeida

Introducción

El Legislador definió el contrato estatal como cualquier acto jurídico generador de obligaciones derivado del ejercicio de la autonomía de la voluntad que celebre una entidad estatal (Congreso de la República, 1993, art. 32). De ahí que el Estatuto de contratación pública incluyera el principio de autonomía de la voluntad y, en consecuencia, la aplicación del Derecho Privado a los contratos que celebra la Administración (Congreso de la República, 1993, art. 13).

Pese a ello, el contrato estatal, entendido como uno de los instrumentos de que dispone la Administración para el cumplimiento de los fines del Estado²⁴, tiene una reglamentación autónoma que ubica a las partes en un ámbito disímil al

.....
^{*23} Este capítulo contiene resultados del proyecto de investigación "Grandes transformaciones del Derecho Público en la actualidad. Fase I" en desarrollo de la línea Derecho Administrativo del Grupo Derecho Público y TIC, del Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

²⁴ El profesor Samuel Yong Serrano (2013) precisa que es "un acto jurídico bilateral que puede tener origen en una entidad estatal o en un particular en los casos permitidos, generador de obligaciones, celebrado, de manera virtual o en documento físico, por una entidad pública o una persona particular que cumpla funciones administrativas con el oferente escogido de acuerdo al procedimiento establecido en el estatuto contractual" (p. 36).

que se encontrarían si el acuerdo de voluntades estuviera única y exclusivamente sujeto al régimen contractual contenido en el Derecho Privado (Escobar, 1999).

Entre las materias que tienen una reglamentación autónoma se pueden señalar: a) el régimen precontractual, esto es, las modalidades de selección de contratistas; b) las normas relativas a las incompatibilidades, inhabilidades y los conflictos de interés; c) las reglas que imponen determinadas solemnidades y formalidades al contrato estatal; d) la existencia de cláusulas excepcionales; e) el equilibrio económico del contrato, y f) la configuración de unas normas especiales sobre nulidades contractuales (Palacio, 2011).

Es preciso elaborar un escrito en el que se describan y analicen las diferentes circunstancias fácticas que pueden tener lugar en la etapa contractual y que ameritan la aplicación de figuras jurídicas que, si bien están reguladas en el Derecho Privado, al tratarse de un contrato que busca la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines estatales (Congreso de la República, 1991, art. 3), tienen una reglamentación distinta (Matallana, 2012).

En este documento se señalarán los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato estatal, previa mención del proceso de formación de voluntad de la Administración. En seguida, se estudiarán los sucesos que pueden tener ocurrencia durante la etapa contractual y que permiten la aplicación de figuras jurídicas propias del régimen de los contratos de la Administración, entre ellos, el anticipo y el pago anticipado, la utilización o no de las denominadas cláusulas excepcionales, las multas y la cláusula penal, los conceptos de mayores cantidades de obra y obras adicionales o complementarias, el equilibrio económico del contrato, el régimen de nulidades y la liquidación del contrato.

Breve mención del proceso de formación de voluntad de la Administración

La etapa previa a la celebración de un contrato estatal, también conocida como proceso de formación de voluntad de la Administración²⁵, se estudia en dos fases. La primera de ellas es la etapa de planeación y se circunscribe al orden interno de las entidades estatales, esto es, a la decisión de celebrar el negocio y a la forma y las condiciones para celebrarlo, y la segunda alude a las relaciones de

.....
25 "Si bien existe la tendencia de identificar la etapa precontractual con el procedimiento administrativo de selección del contratista, es pertinente afirmar, que dicha etapa va más allá de la simple selección de la persona con quien se va a celebrar el contrato" (Güechá, 2007, p. 184).

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

la Administración con los particulares interesados en contratar con ella (Escola, 1977).

Acerca de la etapa de planeación, el profesor Jaime Orlando Santofimio (2009) afirma que esta es a la vez un deber y un principio y, como tal, vincula a las diferentes entidades estatales, en la medida en que se les exige que los negocios que pretenden celebrar estén debidamente “diseñados y pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público” (p. 42 y 43). A diferencia de lo que sucede con los particulares, la Administración no puede improvisar en sus negocios y contratar por capricho, pues el ordenamiento jurídico no solo indica las reglas que ha de seguir durante el trámite previo al acuerdo de voluntades, sino la modalidad con la cual se hará la escogencia objetiva²⁶.

Esta etapa de planeación²⁷ incluye los siguientes documentos: el plan anual de adquisiciones²⁸, los estudios previos²⁹, el prepliego de condiciones³⁰ y el aviso de convocatoria. Ninguno de ellos ostenta la categoría de acto administrativo; por ello, pese a haberlos publicado, la entidad no está en la obligación de abrir el proceso de contratación, o sea, expedir el acto administrativo de apertura.

.....
26 La jurisprudencia del Consejo de Estado (2004c) considera que “la selección objetiva comporta: i) la obligación de fijar previamente los criterios de selección (art. 24 ord. 5º), ii) el llamado público para que, en igualdad de oportunidades, se presenten las ofertas (principio de concurrencia) (art. 30 núm. 3), y iii) la transparencia (art. 24)”. Puede verse Rodríguez (2013).

27 “La planeación es un concepto propio del Estado social de Derecho, como criterio garantizador de la legalidad y del interés general, pilares fundamentales dentro de la sociedad actual. La planeación se utiliza en todos los niveles del Estado para garantizar la macro estructura de las naciones y su forma de cumplir con los fines previstos por ella en beneficio de los administrados” (Vélez, 2005, pp. 600-601).

28 Al tenor de lo estatuido en el Artículo 74 de la Ley 1474 de 2011, a más tardar el 31 de enero de cada año, todas las entidades del Estado deberán publicar en su página web el plan de acción para el año siguiente. En él se especificarán los objetivos, las estrategias, los proyectos, las metas, los responsables, los planes generales de compras y la distribución presupuestal de sus proyectos de inversión junto con los indicadores de gestión. Asimismo, el Artículo 3 del Decreto 1510 de 2013 define este documento como un instrumento de planeación contractual que las entidades estatales deben diligenciar, publicar y actualizar.

29 El Artículo 20 del Decreto 1510 establece que son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del proceso de contratación y deben contener, entre otras cosas, la identificación de la necesidad, la modalidad de selección, las características de los bienes, obras o servicios que se van a contratar, los costos, valores y precios que podrían requerirse para la celebración y ejecución del contrato, los criterios de habilitación y calificación, el análisis del riesgo y las garantías que se van a exigir durante el procedimiento de selección.

30 Deberá contener los mismos elementos que el pliego de condiciones. Este documento está edificado sobre la base de permitir a los interesados conocer y solicitar modificaciones sobre las condiciones generales tanto del proceso de contratación como del futuro negocio.

Merecen mención especial las modalidades de selección de las que dispone la Administración para celebrar sus negocios, pues estas, además de determinar la estructura del trámite que se debe surtir en la etapa precontractual, fijan los criterios de calificación.

Las diferentes entidades estatales cuentan con las siguientes modalidades de selección: la licitación; la selección abreviada, que incluye la subasta inversa, el acuerdo marco de precios, la compra en bolsas de productos y la menor cuantía; el concurso de méritos; la contratación directa y la mínima cuantía.

Sobre la licitación pública³¹, el profesor Enrique Lasso Sayagués (2002) estima que consiste en “una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas señaladas, formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa, con lo cual el contrato queda perfeccionado” (p. 543). Esta modalidad de selección constituye la regla general, en la medida en que resulta aplicable cuando la ley no expresa que proceda alguna otra (Congreso de la República, 1993, art. 2).

La selección abreviada es la modalidad de selección prevista para aquellos casos en los que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación, la cuantía o la destinación del bien se pueden adelantar procesos simplificados, si se comparan con el trámite de la licitación, para garantizar la eficiencia de la gestión contractual (Congreso de la República, 2007, art. 2, num. 2).

Dentro de esta modalidad encontramos la subasta inversa, el acuerdo marco de precios³², la compra en bolsa de productos y la menor cuantía. Las tres primeras están edificadas para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes³³, mientras la menor cuantía procede para la contratación de servicios de salud³⁴; para aquellos casos en los que una licitación ha sido decla-

31 Procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual de la Administración, cuya finalidad es seleccionar al oferente idóneo que ofrezca las condiciones más favorables para la entidad (Dromi, 2002).

32 Definido por el Legislador como aquel contrato celebrado entre uno o más proveedores y Colombia compra eficiente o quien haga sus veces, para la provisión a las entidades estatales de bienes y servicios de características técnicas uniformes, en la forma, el plazo y las condiciones establecidas en este (Presidencia de la República, 2013, art. 3).

33 Se calificarán como tales bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares que, en consecuencia, pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición (Presidencia de la República, 2013, art. 3).

34 Pueden verse Presidencia de la República (2013, art. 60) y Congreso de la República (1993, art. 2, num. 2, lit. c).

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

rada desierta; para la contratación de empresas industriales y comerciales del Estado, las de economía mixta y las empresas en las cuales el Estado tiene más del 50 % del capital social, que no se encuentren en competencia y siempre que el objeto contractual sea respecto de su actividad industrial o comercial³⁵ y para la adquisición de bienes y servicios del sector defensa, siempre que no requiera reserva³⁶.

El concurso de méritos es la modalidad de selección que procede para la prestación de servicios de consultoría³⁷ y para los proyectos de arquitectura. Es el único evento en el que la entidad está habilitada para calificar la experiencia tanto del interesado como de su equipo de trabajo (Presidencia de la República, 2013, art. 67).

La contratación directa³⁸ procede, entre otros eventos (Congreso de la República, 2007, art. 2, num. 4), para la contratación entre entidades estatales, cuando se ha declarado la urgencia manifiesta, en aquellos eventos en que no exista pluralidad de oferentes³⁹, para celebrar los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión⁴⁰, para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas, para la adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles y para la contratación de bienes y servicios del sector defensa que requieran reserva, etc.

35 Salvo los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia, para los cuales aplicará la modalidad de selección correspondiente (Presidencia de la República, 2013, art. 63).

36 En estos casos, si el bien o servicio tiene características técnicas uniformes, la entidad deberá acudir a la subasta inversa, el acuerdo marco de precios o la compra en bolsa de productos. Si la adquisición requiere reserva, se tramitará por medio de la contratación directa (Presidencia de la República, 2013, art. 65; 78).

37 Son de consultoría los contratos que celebren las entidades estatales, referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Asimismo, son de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos (Congreso de la República, año, art. 32, num. 2). De conformidad con el numeral 4 del Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en ningún caso se podrá incluir el precio como factor de calificación.

38 La contratación directa es una "forma de exigencia del contratista, excepcional a la regla general de la licitación, con un procedimiento más ágil y expedito sin que ello implique apartarse de los principios de la función pública ni del régimen de contratación" (Consejo de Estado, 2007a).

39 El Legislador estableció que no existe pluralidad de oferentes cuando solo hay una persona que pueda proveer el bien o servicio, bien sea por ser el titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, bien sea porque es el proveedor exclusivo en el territorio nacional (Presidencia de la República, 2013, art. 80).

40 Son aquellos de naturaleza intelectual que se derivan del cumplimiento de funciones de la Administración, como los relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales (Presidencia de la República, 2013, art. 81).

Las reglas particulares de la mínima cuantía se aplican a los contratos cuyo valor no exceda un 10 % de la menor cuantía; se toma como referencia para este cálculo el presupuesto de cada entidad individualmente considerada y sin que sea relevante el objeto a contratar (Congreso de la República, 2011, art. 94).

La segunda fase del proceso de formación de voluntad de la Administración es la etapa precontractual propiamente dicha. Inicia con el acto administrativo de apertura (Presidencia de la República, 2013, art. 24), pasa por el pliego de condiciones⁴¹ y sus adendas⁴², la presentación de las ofertas y su evaluación⁴³ y culmina en la resolución de adjudicación⁴⁴ o de declaratoria de desierta⁴⁵.

De la expedición del acto administrativo de adjudicación⁴⁶ surgen, entre otras, las siguientes consecuencias: a) derecho subjetivo del adjudicatario (contratar con el Estado); b) deber de la entidad (contratar con el adjudicatario); c) derecho del adjudicatario a la indemnización de daños y perjuicios por el desistimiento del adjudicador antes del perfeccionamiento del contrato, y e) derecho de los demás oferentes de retirar los documentos presentados y de reintegro de las garantías (Consejo de Estado, SCA, 2004b).

.....
41 Sin lugar a dudas, el pliego de condiciones constituye el documento más importante de la etapa precontractual. Sobre este, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2006c; 2013a) ha precisado que es un acto prenegocial que contiene un conjunto de cláusulas obligatorias tanto para la entidad como para los interesados u oferentes, elaborados unilateralmente por la Administración para reglar el desarrollo del proceso de selección y del contrato. Ostenta una naturaleza mixta, pues nace como acto administrativo de carácter general, pero desde la celebración del contrato, cambia esa naturaleza y se transforma en cláusula contractual.

42 Las adendas son el sistema por el cual la Administración explica, aclara, agrega o modifica el pliego de condiciones (Presidencia de la República, 2013, arts. 3; 25). Una vez publicadas, se integran al pliego y ostentan la misma validez y el mismo carácter vinculante que este (Consejo de Estado, 1996).

43 El Consejo de Estado (2012b) precisó que el “acto de calificación entraña la expresión de un juicio de valor por parte de la entidad estatal, lo cual comporta que esta juzgue el grado de suficiencia o insuficiencia de los diferentes componentes que previamente se han señalado como objeto de evaluación”. La misma sección de esa Corporación indicó que los informes de evaluación deben ser motivados y se deben referir a cada uno de los factores de evaluación” (Consejo de Estado, 2007b).

44 La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2011b) ha señalado que la facultad de adjudicar no es discrecional sino reglada, por consiguiente, cumplidas las condiciones fijadas tanto por la ley como por el pliego de condiciones y presentada una oferta favorable, la entidad deberá adjudicar. En caso contrario, deberá indemnizar al adjudicatario.

45 La declaratoria de desierto del proceso de selección solo procede por las causas legales, esto es, cuando se presentan circunstancias que impiden la selección objetiva. Pueden verse Consejo de Estado (2013c; 2011b; 2011d).

46 El cual 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” (Consejo de Estado, 2011c).

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

Etapa contractual

La etapa contractual se estudiará en dos fases o etapas, las cuales están edificadas con base en períodos: el plazo de ejecución del contrato y el de liquidación del mismo.

Con posterioridad a la expedición del acto administrativo de adjudicación y antes de iniciar el cumplimiento de las obligaciones contractuales se deben cumplir los requisitos de perfeccionamiento del contrato (Consejo de Estado, SCA, 2000a) y los de ejecución (Congreso de la República, 1993, art. 41).

Desde la expedición de la Ley 80, son considerados como requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal⁴⁷ el acuerdo sobre el objeto y las contraprestaciones y que se plasme en un escrito⁴⁸. Por otro lado, los requisitos de ejecución son los siguientes: a) el registro presupuestal; b) la aprobación de las garantías (única de cumplimiento, todo riesgo y responsabilidad extracontractual); c) la acreditación de que el contratista está al día en el pago de los aportes parafiscales relativos al sistema de seguridad social integral, así como las contribuciones especiales del SENA, ICBF y cajas de compensación familiar (Congreso de la República, 1993, art. 41), y d) la publicación del documento que contiene el contrato (Consejo de Estado, SCA, 2014).

Plazo de ejecución

Va desde el cumplimiento de los requisitos de ejecución o de la firma del acta de inicio⁴⁹ hasta el vencimiento del plazo para satisfacer las obligaciones contractuales. La extensión del plazo depende de la complejidad para el cumplimiento del objeto contractual.

En vigencia del plazo de ejecución tiene lugar una serie de sucesos que conllevan la aplicación de determinadas figuras jurídicas, propias de la regulación destinada a la contratación estatal. De ningún modo ello implica que los particulares

47 Al contrato estatal se le han atribuido las siguientes características: bilateral, oneroso, solemne, principal y nominado (Rico, 2007).

48 En vigencia del anterior régimen, el perfeccionamiento del contrato requería tres aspectos: “[...] el acuerdo de voluntades de las partes contratante y contratista, la elaboración de un contrato escrito sobre la misma, y la existencia de una reserva presupuestal” (Castro, García y Martínez, 2010, p. 255).

49 El término para la ejecución del contrato empieza a correr desde la firma del acta de inicio, siempre que se haya pactado que se requiere acta de inicio en dicho contrato individualmente considerado; es una cláusula accidental, si se utilizan los términos del Artículo 1501 del Código Civil.

no puedan obtener la realización material de las mismas en sus negocios cuando así lo dispongan, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, salvo algunas excepciones que señalaremos más adelante.

Anticipo y pago anticipado

Las primeras figuras jurídicas que tienen lugar durante la vigencia del plazo de ejecución son el anticipo y el pago anticipado. Constituyen cláusulas accidentales dentro de los negocios de la Administración y, por consiguiente, su inclusión dentro del contrato estatal está sujeta a la existencia de acuerdo expreso entre las partes (Congreso de la República, 1993, art. 40).

El anticipo es un mecanismo de financiación que les permite a los colaboradores de la Administración asumir los costos iniciales que se requieren para la ejecución del objeto contractual. Las sumas entregadas a título de anticipo constituyen un adelanto o avance del precio no causado, por lo que dicho dinero seguirá perteneciendo a la entidad mientras el contratista no lo amortice (Consejo de Estado, SCA, 2004a).

Cuando el procedimiento de selección de contratistas se adelanta bajo licitación, el anticipo se consigna a una fiducia mercantil (Congreso de la República, 2011, art. 91; Presidencia de la República, 2013, art. 35). La transferencia altera la propiedad de las sumas consignadas, en la medida en que desde ese momento el dinero será privado y, por ende, no sujeto a control. En los demás casos, el anticipo se consigna en una cuenta abierta a nombre del contrato⁵⁰.

Dadas las características de esta figura, solo tendrá lugar en los contratos de tracto sucesivo⁵¹, ya que la amortización requiere de tiempo. El anticipo no se debe entregar únicamente al inicio del plazo, por lo que es viable que en un contrato se pacte que su entrega se hará al inicio, a la mitad e, incluso, dos años antes de cumplirse el plazo de la ejecución.

El pago anticipado, como su nombre lo indica, constituye un pago y como tal ostenta las características propias de esta forma de extinguir las obligaciones.

.....
50 Ese dinero genera intereses que son de propiedad de la entidad (Consejo de Estado, 2006a).

51 Acuerdos en los que "las obligaciones que emanan del contrato se reproducen a través del tiempo, de manera que periódicamente deben cumplirse. Las obligaciones se extienden o dilatan en el tiempo, y esta dilación es condición esencial para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes" (Baeza, 1981, p. 47).

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

El dinero entregado bajo este título ingresa al patrimonio del contratista y puede destinarlo para cualquier fin, aun opuesto a la ejecución del objeto contractual.

¿Qué ocurre cuando, a pesar de haber un pago anticipado no se ejecuta el objeto contractual? En esos casos, la Administración deberá hacer efectiva la garantía de cumplimiento que, al tenor de lo estatuido en el Artículo 116 del Decreto 1510, cubre la devolución del pago anticipado.

Esta figura jurídica tiene lugar en los contratos de ejecución instantánea, esto es, en aquellos acuerdos en los que “el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato a cargo de los contratantes son puras y simples y pueden cumplirse en un solo acto” (Cubides, 2005, p. 277).

Tanto el anticipo como el pago anticipado tienen un límite respecto a su monto, pues el Legislador señaló que en ningún caso las sumas entregadas podrán exceder un 50 % del valor del contrato (Congreso de la República, 1993, art. 40).

El anticipo es una forma de financiación que les permite a los colaboradores de la Administración iniciar con la ejecución del objeto contractual en aquellos acuerdos de cumplimiento diferido y las sumas entregadas bajo ese título no entran al patrimonio del contratista, puesto que siguen perteneciendo a la entidad hasta que sean amortizados. Por otro lado, el pago anticipado es una forma de extinguir obligaciones y, por consiguiente, su entrega implica la transferencia de la propiedad del dinero.

El siguiente cuadro comparativo (Cuadro 1) utiliza como referencia la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Consejo de Estado, SCA, 1999; 2001; 2004a; 2006a).

Cuadro 1. Comparativo anticipo y pago anticipado

Anticipo	Pago anticipado
Es un simple préstamo, una modalidad de financiación para iniciar la ejecución del contrato.	Comporta un pago, esto es, un modo de extinción de las obligaciones.
Se devuelve a la entidad mediante la amortización. Si no se devuelve, se hace efectiva la garantía única de cumplimiento.	Los recursos se transfieren al patrimonio del contratista, por ende no se devuelven.
Cláusula accidental.	Cláusula accidental.
Solo se puede emplear en la ejecución del contrato.	El contratista puede destinarlo a cualquier fin.
No puede superar un 50 % del valor total del contrato.	No puede ser superior a un 50 % valor total del contrato.

Fuente: elaboración propia

Mayor cantidad de obra y obra complementaria o adicional

Precisadas las nociones de anticipo y pago anticipado, es menester continuar con el análisis de las figuras jurídicas que pueden tener lugar durante la etapa de ejecución de los contratos estatales. En este apartado se describirá y analizará la mayor cantidad de obras y las obras adicionales.

Mayor cantidad de obra

Para explicar esta figura jurídica se dividirá su tratamiento en dos partes: en la primera se expondrá una definición del concepto y en la segunda se analizará su aplicación al contrato en razón del tipo de precio que se haya establecido en el contrato.

Definición

La expresión mayor cantidad de obra “se refiere a la necesidad o conveniencia sobreviniente que aumenta el número de unos bienes, unos elementos o unos trabajos que fueron parte del contrato desde el comienzo, aunque en cantidad más reducida” (Cámara de Comercio de Bogotá, 2009). Esto quiere decir que se aplica cuando surgen mayores valores en el contrato en razón de “una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato” (Consejo de Estado, SCSC, 2002).

De lo dicho se infiere que la mayor cantidad de obra implica “más de lo mismo”, esto es, cuando mediante acta, previa aprobación del interventor, se determina que para la ejecución del objeto contractual se requerirán más bienes o servicios de los inicialmente previstos. El contratista no puede negarse a esas mayores cantidades, pues resulta claro que el objeto del contrato no está circunscrito a unas cantidades aproximadas, sino a una obra, un bien o servicio.

•La etapa contractual en los negocios de la administración•

Aplicación según el tipo de precio pactado

— Contrato a precios unitarios⁵²

Es aquel contrato en el cual se pacta el valor de las diferentes unidades primarias de obra que deben realizarse, calculando cuánto vale la ejecución de cada una de éstas, y el costo directo total del contrato será el resultado de multiplicar los precios unitarios por las cantidades de obra ejecutadas y de sumar todos los ítems necesarios para dicha ejecución (Consejo de Estado, SCA, 2012a).

O sea, es el contrato en el que se desagrega el objeto contratado en ítems (cada uno contentivo de cantidades aproximadas) a los cuales se les fija un precio, por lo que el costo total del contrato se obtendrá de la multiplicación de los precios unitarios por las cantidades utilizadas.

La figura de mayor cantidad de obra se edificó para la aplicación a contratos por precios unitarios, en el entendido de que, en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes estipulan esta forma de pago en razón al desconocimiento de las “reales cantidades de obra que deben ser ejecutadas para completar el objeto contractual deseado” (Consejo de Estado, SCSC, 1998a). De la aplicación de esta figura no surge una modificación al objeto del contrato, puesto que este no constituye la ejecución de una determinada cantidad de cada uno de los ítems individualmente considerados, sino su agregación, que constituye un todo —el objeto contractual—.

— Contrato por precio global o “llave en mano”

Es aquel en el cual:

[...] el valor establecido en la cláusula de valor es vinculante y genera, por lo mismo obligaciones mutuas pues señala la contraprestación a que tiene derecho el contratista por su trabajo pero, a su vez, señala para él la obligación de ejecutar la totalidad [del objeto contratado por ese precio] (Consejo de Estado, SCSC, 2002).

.....
52 En este tipo de contratos tienen lugar dos cláusulas. La primera de ellas es la de reajuste, que implica mantener el valor constante del ítem y eliminar el efecto inflacionario de los precios. Constituye una medida preventiva de situaciones previsibles que pudieran afectar el equilibrio del contrato. Por otro lado, está la cláusula de revisión, que busca mantener el precio del ítem al valor del mercado. Esta tiene aplicación cuando el reajuste resulta insuficiente o no hay reajuste, en la medida en que está edificada sobre hechos imprevisibles.

A diferencia de lo que sucede cuando la cláusula de valor es por precios unitarios⁵³, cualquier alteración en el precio acordado constituye una modificación del contrato, ya que en los términos del Artículo 40 de la Ley 80 se estaría adicionando su valor⁵⁴.

Cuando las partes establecen la modalidad de pago por precio global con base en la autonomía de la voluntad, no se puede aplicar la figura en estudio, por cuanto su naturaleza jurídica no es compatible con este tipo de acuerdo.

Esto no quiere decir que el contrato sea inmodificable, así como tampoco se está en presencia de una excepción al principio del equilibrio económico de este; solo se considera que cualquier alteración del valor convenido se debe hacer por adición al contrato.

Obra adicional o complementaria

Aunque el Legislador no ha expresado lo que se debe entender por obra adicional, la jurisprudencia ha tocado este tema en reiteradas ocasiones y ha concluido lo siguiente:

- En primer lugar, una definición del concepto —la adición del contrato— implica la inclusión de nuevas obras o servicios en el contrato original, eso quiere decir que por la expresión “adicionar” se debe entender cualquier modificación que incida en el valor inicialmente convenido, así como la inclusión de obras nuevas o distintas de las contratadas y que son indispensables para que el objeto contractual cumpla la finalidad buscada por la entidad estatal contratante (Consejo de Estado, SCSC, 2008). Es decir, la adición a los contratos se celebra cuando se aumenta el valor en razón de la incorporación de una o varias obligaciones necesarias para el adecuado cumplimiento del objeto contratado.

- Con la obra adicional se busca potencializar el beneficio que se obtiene con la ejecución del objeto contractual. En estos casos, el contratista puede negarse

.....
53 Cualquier alteración del valor inicial del contrato no lo modifica, puesto que se trata de la aplicación de una cláusula convencional que implica el ejercicio de una operación matemática que permite obtener el costo total del contrato. En últimas, se está ejecutando lo que las partes habían establecido en el contrato, por lo que no se podría afirmar que se está modificando el acuerdo de voluntades, porque en realidad se está haciendo honor al mismo.

54 Lo que se plantea es que hay una modificación del contrato cuando se altera el valor convenido, entendido este como el precio global acordado o el precio unitario asignado a cada ítem.

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

a hacer la obra adicional. Si hay acuerdo, es preciso obtener un certificado de disponibilidad presupuestal.

- La Corte Constitucional (2012) estableció que las nociones de “contrato adicional” y de “adición de contrato” no constituyen una misma figura jurídica, por cuanto en aquel hay “una modificación fundamental del convenio inicial”, mientras en este se origina una “mera reforma del contrato que no implica una modificación de su objeto” (Consejo de Estado, 1998b). En el primero hay una alteración del objeto contratado, por lo que surge un nuevo acuerdo de voluntades (causa y objeto independientes) y en el segundo se reforma el valor del contrato o se incorporan obligaciones que contribuyen a potenciar el objeto del contrato original.

Sobre el particular, considero que esta diferenciación es irrelevante: primero, porque carece de efectos jurídicos importantes (en nada influye que se denomine adición de contrato, contrato adicional, otrosí, etc.); segundo, porque el mismo Consejo de Estado ha utilizado tales términos como sinónimos y, tercero, por cuanto si en el contrato adicional hay una modificación sustancial del convenio inicial, con una causa y objeto independientes del contrato original, carece de sustento el calificativo “adicional” (¿adicional a qué?).

Alcance del límite establecido en el párrafo del Artículo 40 de la Ley 80⁵⁵

El mencionado precepto normativo establece que “los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento de su valor inicial”.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional (Herrera, 2012) consideran que el límite establecido en la disposición normativa no es aplicable cuando se trata de mayores cantidades de obra, sino que tendrá lugar solo cuando se esté en presencia de la figura de obra adicional o complementaria, bajo el entendido de que en la primera no hay una modificación del contrato y, por consiguiente, no hay adición, mientras en la segunda hay una verdadera ampliación del objeto contractual.

Aun cuando considero que los argumentos que sustentan esa aplicación disímil —según se trate de mayor cantidad de obra o de obra adicional— son

.....
55 Norma que no es aplicable en los contratos de interventoría en los términos del Artículo 85 de la Ley 1474 de 2011.

jurídicamente impecables, la razón de ser del precepto normativo es la de impedir la elusión de los procedimientos de selección objetiva con el fin de evitar la corrupción mediante el fraccionamiento de contratos (Congreso de la República, 1993, art. 24, num. 8). De ahí que, a mi juicio, el límite previsto debería aplicarse a uno y a otro indistintamente⁵⁶.

Multas y cláusula penal

Las siguientes figuras que se van a describir y a analizar son las cláusulas de multas y la penal pecuniaria. Si bien tienen una amplia regulación y aplicación en el Derecho Privado⁵⁷, tienen unas singulares características cuando son estudiadas en el marco de la contratación estatal.

— Cláusula de multas

El tratamiento dado a las multas en el régimen de los contratos estatales ha variado a lo largo de los años. En vigencia del Decreto 150 de 1976, esta figura era de inclusión obligatoria en todos los contratos celebrados por la Nación, salvo los de empréstito; se materializaba cuando el contratista incurría en un incumplimiento parcial durante la ejecución del contrato, ante lo cual la Administración estaba habilitada para que, mediante acto administrativo debidamente motivado, impusiera la medida (Presidencia de la República, 1976, arts. 47; 60-62).

El Decreto 150 de 1976 fue derogado y reemplazado por el Decreto 222 de 1983, de cuyo articulado se debe destacar que se introdujo una diferenciación entre los contratos administrativos y los de Derecho Privado de la Administración; para tal efecto, se utilizó una lista taxativa⁵⁸ en la que se indicaron los pertenecientes al primer grupo (Dussán, 2005).

En lo relativo a la cláusula de multas en vigencia del Decreto, en los contratos propiamente administrativos, esta figura resultaba de inclusión obligatoria y su imposición, además de estar sujeta a que el contratista estuviera en mora respecto

56 Con esto también se busca que la Administración, por medio de las entidades estatales, cumpla con su deber de planeación y evite que, en razón de la deficiente estimación inicial de cantidades requeridas, se abuse de la posibilidad abierta (sin límite) que surge de la aplicación de la figura mayores cantidades de obra.

57 Pueden verse los Artículos 1592-1601 del Código Civil y 867 del Código de Comercio.

58 Como pertenecientes a los contratos administrativos se pueden destacar los de concesión de servicios públicos, de prestación de servicios, de suministro, de obra y de empréstito, entre otros (Presidencia de la República, 1983, art. 16).

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

a la ejecución de las obligaciones que tenía a su cargo, se materializaba por medio de resolución debidamente motivada (Presidencia de la República, 1983, arts. 60; 64; 71).

En cuanto a los contratos de Derecho Privado de la Administración, si bien esta cláusula no era de inclusión obligatoria, las entidades obligadas a aplicar el Decreto 222 de 1983, en los términos de su Artículo 1, estaban habilitadas para incluirlas en sus contratos, pero no para imponer la medida unilateral, toda vez que las multas quedaban sujetas a lo dispuesto por la legislación civil y comercial (Consejo de Estado, SCA, 1986).

En vigencia de los Decretos 150 de 1976 y 222 de 1983, la cláusula de multas era una manifestación clara y tangible del poder de *imperium* del Estado, al ser incluidas dentro de las denominadas cláusulas exorbitantes. Esta razón justifica que la Administración tuviera la competencia para imponer la medida unilateralmente en los casos de mora o incumplimiento parcial.

Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, por medio de la cual se expide el Estatuto general de contratación de la Administración pública, la cláusula de multas pasó de ser una figura con reglas propias dentro de la regulación de los contratos de la Administración a una cuyas características y condiciones de aplicación no tenían disposición expresa que las regulara.

Desde la entrada en vigencia de la Ley 80 y hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007 se presentó un debate tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, relativo a la naturaleza, las características y las condiciones de imposición de las multas en los contratos estatales. Si las diferentes entidades estaban o no habilitadas para hacer efectiva unilateralmente la medida fue tema de álgido debate (Bautista, 1999).

En principio se consideró que, si bien la Ley 80 no habilitaba a las entidades estatales para imponer unilateralmente la medida, esta competencia se desprendía del carácter ejecutivo que el Artículo 64 del Decreto 01 de 1984 otorgaba a todos los actos administrativos, máxime cuando el Legislador puso el poder de dirección y control en la ejecución del contrato (Congreso de la República, 1993, art. 14; Consejo de Estado, SCA, 1998).

Más adelante se reformuló la posición anterior y se precisó que las entidades estatales no estaban habilitadas para imponer multas por sí y ante sí, toda vez que el Legislador no previó tal situación y, puesto que el principio de legalidad es el

pilar fundamental del Estado de Derecho, las prerrogativas públicas no se deben suponer ni extraer de elucubraciones, sino que deben sustentarse sobre normas que las consagren de modo expreso (Consejo de Estado, SCA, 2005).

Por último, en lo relativo al debate ya precisado, se modificó la posición anterior y se sostuvo que la Ley 80 estatuyó en la práctica dos clases de contratos: unos en los que se pueden incluir cláusulas excepcionales y otros en los que no; cuando la Administración utilice las facultades que le son atribuidas en el marco de la caducidad, podrá exigir las multas impuestas por sí y ante sí (Presidencia de la República, 1993, art. 15). En los contratos en los que no es posible incluir las facultades exorbitantes, las entidades no podrán hacer efectiva la medida (Consejo de Estado, SCSC, 2006).

Con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, la Administración quedó habilitada para multar al contratista y para hacer efectiva la medida unilateralmente. Tal situación se vio reforzada con la expedición del Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011, pues en este cuerpo normativo se reguló el procedimiento para imponer la sanción (Congreso de la República, año, art. 86).

Para finalizar, se mencionan las características de la cláusula de multas. Estas son medidas coercitivas provisionales destinadas a conminar, apremiar o presionar al contratista para que cumpla con las obligaciones que tiene a su cargo; su materialización se hace mediante acto administrativo⁵⁹, el cual debe tener lugar durante el período de ejecución del contrato⁶⁰, en la medida en que no se puede conminar lo que no se puede cumplir y que, para hacer efectiva la medida, se debe respetar el derecho al debido proceso (Borja, 2009).

— Cláusula penal pecuniaria

La cláusula penal pecuniaria es aquella “estipulación accesoria a una obligación principal por la cual el deudor deberá satisfacer cierta prestación si no cumpliere lo debido, o si cumpliere tardíamente” (Pothier, 1993, p. 208).

Estudiada bajo la lupa de los contratos estatales, la cláusula penal está estructurada para ser una de las consecuencias que se derivan de la declaratoria de

59 Ese acto administrativo debe ser notificado a la aseguradora. Contra la resolución que impone la medida cabe el recurso de reposición y la acción de controversias contractuales.

60 Como regla general, la imposición de multas no genera inhabilidad; pese a ello, si se imponen cinco o más durante una vigencia fiscal (período comprendido entre 1 de enero y 31 de diciembre) sí generará inhabilidad (Congreso de la República, 2011, art. 90). Dicha inhabilidad se extenderá por un término de tres años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el RUP.

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

incumplimiento⁶¹ encaminada a cobrar los perjuicios que fueron fijados por las partes en caso de presentarse mora.

A diferencia de lo que ocurre con las multas, la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal puede tener lugar incluso vencido el período de ejecución del objeto contractual, pero siempre antes de la liquidación del contrato (Herrera, 2004).

Cabe preguntarse si durante el plazo de ejecución del objeto contractual pueden tener lugar simultáneamente las multas y la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva la cláusula penal. Considero que sí es viable jurídicamente, en la medida en que cada una de las figuras está orientada hacia objetivos diferentes. La multa es una medida sancionatoria, enfocada a conminar al contratista al cumplimiento de las obligaciones a su cargo y la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal es esencialmente indemnizatoria.

Como regla general, las declaratorias de incumplimientos tendientes a hacerla efectiva no generan inhabilidad, pero en los casos en los que se acumulen dos o más declaratorias de incumplimiento en una misma vigencia futura se generará una inhabilidad por tres años para el contratista (Congreso de la República, 2011, art. 90).

— Cláusulas excepcionales

Hacer un estudio pormenorizado de las cláusulas excepcionales desborda el objeto de este escrito. Pese a ello, se presentará una breve aproximación para dilucidar el tratamiento que recibe esta figura jurídica en los contratos estatales y luego se describirá cada una de sus manifestaciones o clases.

Lo primero que se debe señalar es que las cláusulas excepcionales son prerrogativas especiales que tiene la entidad para la dirección, conducción y ejecución del contrato. Estas constituyen una herramienta que potencia la posición de la entidad frente al particular (Chávez, 2008). Se ha explicado que reciben tal denominación porque son las cláusulas ajenas al Derecho común, toda vez que se materializan mediante un acto administrativo que, por sus atributos de ejecutividad, ejecutoriedad y presunción de legalidad (Barcelona, 1995), ubica a la Administración en un plano de superioridad frente a su contratante.

.....
61 Otra consecuencia que se deriva es la imposición de multas o la materialización de algunas cláusulas excepcionales.

El ejercicio de estas prerrogativas excepcionales no es susceptible de ser juzgada por los tribunales de arbitramento; por ello, en caso de controversia, deberá acudir a la jurisdicción contencioso administrativa (Consejo de Estado, SCA, 2000b; 2000c; Corte Constitucional, 2000)⁶².

En su Artículo 14, la Ley 80 de 1993 estableció una doble taxatividad. La primera, relacionada con los contratos en los cuales deben o pueden incluirse cláusulas excepcionales; la segunda, busca señalar cuáles son las prerrogativas excepcionales que tienen a su disposición las entidades estatales durante la ejecución del objeto contractual.

La Administración deberá incluir las cláusulas excepcionales en los contratos a) de concesión; b) de obra⁶³ y de prestación de servicios públicos, y c) que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya un monopolio estatal. Las cláusulas excepcionales son elementos de la naturaleza; por ello, en los casos en los que la entidad no las incluya, se entiende que le pertenecen al contrato sin necesidad de estipulación especial (Congreso de la República, 1887, arts. 1501; 1621).

Los contratos en los que las entidades obligadas a aplicar la Ley 80 pueden incluir cláusulas excepcionales son los de a) suministro, y b) prestación de servicios. Estas prerrogativas excepcionales constituyen cláusulas accidentales, por lo que para su ejercicio es necesario una estipulación especial que las incluya (Consejo de Estado, SCA, 2007a).

Los contratos en los que está prohibida la inclusión de cláusulas excepcionales son los que se celebran con personas públicas internacionales, de cooperación, ayuda o asistencia; los interadministrativos; los de empréstito, donación y arrendamiento; los que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 del artículo 14 o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas

62 La Corte Constitucional (2007) señaló que los tribunales de arbitramento no pueden decidir sobre la validez de los actos administrativos en los que se haga uso de cláusulas excepcionales, pero sí sobre los efectos económicos derivados de ellos.

63 La diferencia fundamental entre los contratos de obra y los de concesión está en el tratamiento que reciben los recursos. En el de concesión (contrato financiero en donde el particular aporta los recursos para la construcción, el mantenimiento o la operación y se repaga con la explotación del bien), el dinero sale del bolsillo del privado y en el de obra (la entidad pone los recursos), del patrimonio de la entidad.

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales (Congreso de la República, 1993, art. 14).

En los contratos no incluidos en la anterior lista no es posible incluir cláusulas excepcionales; primero, por la ya mencionada taxatividad y, segundo, por el principio de legalidad.

Las cláusulas excepcionales señaladas por el Legislador, individualmente consideradas, son a) la modificación unilateral; b) la interpretación unilateral; c) la terminación unilateral; d) la caducidad; e) la reversión, y f) el sometimiento a las leyes nacionales (Congreso de la República, 1993, art. 14).

a) Modificación unilateral

Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20 %) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo (Congreso de la República, 1993, art. 16).

La modificación unilateral es una prerrogativa excepcional que la Administración solo puede utilizar durante la ejecución del contrato y con el objetivo de evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que pretende satisfacer.

Antes de acudir al ejercicio de la prerrogativa excepcional que la modificación unilateral le atribuye, la Administración deberá intentar reformar el contrato de común acuerdo, pues solo cuando hay perjuicio de este podrá materializarse aquella.

La modificación unilateral está estructurada para que, mediante acto administrativo de carácter particular, la Administración adicione o suprima bienes, servicios o trabajos; el contratista está obligado a soportar dicha alteración, siempre que no varíe el valor inicial del contrato en un 20 % o más, pues en esos eventos el colaborador de la Administración quedará habilitado para renunciar a su ejecución.

La materialización de la modificación unilateral implica el ajuste del valor del contrato. Cuando esta constituye una supresión, el contratista tendrá derecho a obtener una indemnización de perjuicios tanto por la utilidad dejada de percibir como por el daño emergente que se cause.

Si se presenta una renuncia por parte del contratista, deberá liquidarse el contrato y, pese a renunciar a la ejecución, el contratista tendrá derecho a la indemnización de perjuicios, toda vez que sufre un daño antijurídico; no se debe dejar de lado que el colaborador de la Administración renuncia por una modificación sustancial al contrato y no por un capricho irracional.

b) Interpretación unilateral

Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia (Congreso de la República, 1993, art. 15).

Al igual que con la modificación unilateral, esta cláusula excepcional solo estará a disposición de la Administración durante el plazo de ejecución. La interpretación únicamente podrá ser utilizada para evitar que se presente la paralización o la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el negocio.

La interpretación unilateral tendrá lugar cuando la entidad y el colaborador de la Administración no se hayan puesto de acuerdo respecto al sentido de alguna de las cláusulas del contrato y se materializará mediante acto administrativo motivado. Contra la resolución que interpreta el contratista podrá interponer el recurso de reposición o la acción de controversias contractuales.

Cuando la Administración interpreta unilateralmente alguna de las estipulaciones del contrato, el contratista no tiene derecho a obtener una indemnización de perjuicios alguna, pues la entidad aclaró el sentido de una de las cláusulas del acuerdo, pero no modificó el objeto o alcance del mismo.

c) Terminación unilateral

Se ha afirmado con razón que:

La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

1°. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público⁶⁴ lo imponga (Congreso de la República, 1993, art. 17).

No cualquier situación de alteración de orden público da lugar a que se presente la terminación del contrato, pues se requiere una afectación razonable, o sea, que implique la imposibilidad del cumplimiento del contrato.

Cuando la entidad determina finalizar el contrato con fundamento en esta causal, el contratista tiene derecho a indemnización de perjuicios.

“2° Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista” (Congreso de la República, 1993, art. 17).

La muerte y la disolución de la persona jurídica siempre llevarán a declarar la terminación unilateral del contrato. Sin embargo, no cualquier incapacidad física permanente que se presente permite la aplicación de esta causal. Por ejemplo, un contratista encargado de suministrar bienes a una entidad pierde el dedo meñique durante una actividad deportiva. En este evento, el contratista no ve frustrada la posibilidad de ejecutar el contrato. Si durante la ejecución del contrato el colaborador de la Administración sufre una incapacidad física permanente, la entidad deberá analizar si dicha situación impide o pone en riesgo el cumplimiento del contrato para definir si procede la terminación unilateral.

Cuando la entidad termina unilateralmente el contrato con fundamento en esta causal, no se le genera al contratista derecho para obtener indemnización de perjuicios alguna.

“3°. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista” (Congreso de la República, 1993, art. 17).

La declaración de quiebra es una figura que ha desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico; por consiguiente, en la actualidad, ningún contrato estatal es terminado unilateralmente en razón de esta situación.

La interdicción judicial “tiene por fin la protección de la persona que tiene defecto intelectual habitual” (Ochoa, 2006, p. 700). Es la consecuencia jurídica que se presenta para aquellas personas con discapacidad mental absoluta, en los términos del Artículo 2 de la Ley 1306 de 2009.

.....
64 Entendido como aquellas condiciones mínimas de convivencia, entre ellas, salubridad, tranquilidad, bienestar y seguridad (Medina, 2010).

Cuando hay una terminación unilateral en virtud de este numeral, no surge una indemnización de perjuicios en cabeza del contratista. La entidad, en cualquier caso, puede continuar con la ejecución del contrato con el garante de la obligación, si así lo acuerdan.

“4°. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato” (Congreso de la República, 1993, art. 17).

Generalmente, cuando hay cesación de pagos, las entidades declaran la caducidad del contrato y no la terminación unilateral. Es requisito *sine qua non* que el concurso de acreedores o el embargo judicial afecten de tal forma al contratista que imposibiliten o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Cuando las entidades estatales deciden terminar unilateralmente el contrato con fundamento en esta causal, el contratista no tiene derecho a recibir indemnización de perjuicios.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio (Congreso de la República, 1993, art. 17).

Las causales incluidas en la lista son taxativas; por eso, la entidad no puede incluir causales adicionales dentro de los contratos que celebre.

En los contratos en los que está prohibido pactar cláusulas excepcionales, la Administración y el particular, en virtud de la autonomía de la voluntad, pueden incluir la estipulación de terminación unilateral y prevén para tal efecto situaciones diferentes y adicionales a las dispuestas por el Legislador en el Artículo 17 de la Ley 80. Es acertado afirmar que a las entidades estatales les resulta beneficioso no poder pactar prerrogativas excepcionales.

d) Caducidad

La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista,

•La etapa contractual en los negocios de la administración•

que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento (Congreso de la República, 1993, art. 18).

La caducidad es una sanción preventiva que se materializa como consecuencia de un incumplimiento grave que amenaza la ejecución del contrato y que puede conducir a su paralización.

Cuando la Administración declara la caducidad del contrato, se generan los siguientes efectos: a) el contratista queda inhabilitado por cinco años para contratar con el Estado; b) se produce la terminación anticipada del contrato; c) se debe liquidar el acuerdo; d) se cobra la garantía única de cumplimiento, y e) el pago de la cláusula penal pecuniaria, efectuado por el contratista (Consejo de Estado, 1999).

Terminado el contrato, la Administración puede continuar con la ejecución de su objeto con a) el segundo mejor calificado, siempre que su oferta sea favorable para la entidad y esté pendiente la ejecución de un porcentaje igual o superior a un 50 % del contrato; b) con el garante⁶⁵, quien después de hacer un análisis costo-beneficio entre el pago de la cláusula penal y ejecutar el contrato, puede decidir lo segundo. En estos eventos, no existe la necesidad de que falte la ejecución del contrato en al menos un 50 %, o c) un contratista diferente elegido como consecuencia de un proceso de selección iniciado para tal efecto.

.....
65 Las compañías de seguros suelen subcontratar e, incluso, en algunos casos, el garante subcontrata con el contratista original, a quien se le decretó la caducidad.

e) Reversión

En los contratos de *explotación o concesión* de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna (Congreso de la República, 1993, art. 19) (cursivas propias).

Esta cláusula excepcional está circunscrita a los contratos de concesión y consiste en que, finalizado el plazo de ejecución, los bienes utilizados para la explotación del objeto contractual pasan a ser propiedad de la entidad contratante, sin que para ello la Administración deba hacer alguna erogación.

Régimen de nulidades

Al igual que ocurre con las demás figuras, el régimen de nulidades de los contratos estatales tiene una reglamentación propia y autónoma que la diferencia de la que aplica a los negocios celebrados entre los particulares.

Antes de iniciar la descripción y el análisis de las causas que conllevan a la nulidad del contrato, es preciso establecer qué se entiende por nulidad. Así, el profesor Hernán Larraín Ríos (1994) la define como el castigo que la ley impone por no observar en la ejecución del acto los requisitos que la misma ley señala. En cualquier caso, la nulidad constituye la sanción más grave que es posible imponer a un contrato, en la medida en que implica negar la validez del acuerdo.

El Artículo 44 de la Ley 80 dispone que, además de las causales especiales contenidas en el Estatuto, los contratos estatales son absolutamente nulos por las mismas razones contenidas en el Derecho Privado. De ahí que sea preciso pormenorizar las reglas contenidas en los Artículos 897 a 904 del Código de Comercio y 1740 a 1756 del Código Civil.

— Causas de Derecho común

En Derecho Privado, la nulidad puede ser absoluta o relativa. Será absoluta “la que se refiere a la falta de requisito exigido para el valor del acto o contrato según su especie, es decir su naturaleza” y será relativa “la nulidad producida por la falta de requisitos exigidos para el valor del acto o contrato según la calidad o estado de las partes” (Claro, 1992, p. 392).

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

Son absolutamente nulos los contratos celebrados con objeto⁶⁶ o causa⁶⁷ ilícita, aquellos en los que intervienen las personas absolutamente incapaces⁶⁸ y los que evidencian la omisión de algún requisito o formalidad prescrita por la ley para su valor en consideración a su naturaleza (Congreso de la República, 1887, arts. 1740, 1741; 1971, art. 899).

En el Derecho Privado, la nulidad absoluta sí es saneable por la prescripción extraordinaria y, cuando no proviene de objeto o causa ilícitos, también lo será por la ratificación de las partes (Congreso de la República, 1887, art. 1742).

Están viciados de nulidad relativa los contratos celebrados con personas relativamente incapaces, los que tienen algún vicio del consentimiento, falsedad de la causa, inobservancia de las formalidades relacionadas con la calidad o el estado de los intervinientes y cualquier otra especie de vicio que no sea constitutivo de nulidad absoluta (Congreso de la República, 1887, arts. 1508; 1524; 1741).

Las causales de nulidad relativa pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio (Congreso de la República, 1993, art. 46).

— Causales de nulidad absoluta incluidas en la Ley 80

El Artículo 44 de la Ley 80 instituye las siguientes causales de nulidad absoluta del contrato:

“1. Por celebrarse con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley”.

Cuando sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este podrá ceder el contrato, previa autorización escrita de la entidad contratante; si esto no es posible, renunciará a su ejecución (Congreso de la República, 1993, art. 9).

“2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que su configuración requiere, en cualquier caso: a) violación al régimen de

66 Toda declaración de voluntad tiene un objeto que puede consistir en dar, hacer o no hacer. La nulidad se impone cuando dicho objeto contraviene el ordenamiento jurídico (Congreso de la República, 1887, art. 1517).

67 Se entiende por causa el motivo o la razón que induce a celebrar el acto o contrato. Cuando dicho motivo o tal razón está prohibido por la ley, es contrario a las buenas costumbres o al orden público, será ilícito (Congreso de la República, 1887, art. 1524).

68 Son absolutamente incapaces los impúberes, los discapacitados mentales absolutos y los sordomudos que no pueden darse a entender (Congreso de la República, 1887, art. 1504).

prohibiciones consagrado en la Constitución, en la ley o en normas con fuerza de ley, y b) que dicha prohibición sea expresa y no producto de elucubraciones (Consejo de Estado, SCA, 2007a).

“3. Se celebren con abuso o desviación de poder”.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2012) ha precisado que la desviación de poder es:

[...] el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla [...] así, la desviación del poder se presenta cuando el acto proferido por la autoridad competente y con las formalidades requeridas, en realidad persigue fines ajenos a los que la ley ha consagrado, bien que esté enderezado a un fin dañino o espurio ora a uno ventajoso para el Estado o la sociedad, pero no coincidente con el establecido en la norma.

“4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”.

Esta causal tendrá lugar cuando los actos administrativos precontractuales expedidos durante el proceso de formación de voluntad de la Administración, es decir, aquellos que constituyen decisiones unilaterales que no los meramente preparatorios, sean declarados nulos (Corte Constitucional, 2001).

“5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley”.

Cuando la nulidad sea por celebrarse con inhábiles o incompatibles, contra expresa prohibición legal o porque los actos administrativos en los que se fundamenta se declaran nulos, el ordenador del gasto deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo motivado y ordenará su liquidación (Congreso de la República, 1993, art. 45).

La terminación a la que se refiere este Artículo es distinta a la declaratoria de nulidad del contrato por las siguientes razones: a) la terminación procede únicamente contra un contrato vigente; la nulidad es viable incluso en un contrato terminado; b) la terminación no excluye la posibilidad de demandar simultánea o sucesivamente la nulidad del contrato, mientras un contrato nulo no puede declararse terminado con posterioridad; c) la terminación debe declararla el ordenador del gasto; la nulidad solo puede ser declarada judicialmente; d) la terminación se materializa mediante acto administrativo y la nulidad por medio de sentencia, y

•La etapa contractual en los negocios de la administración•

5) los efectos de la terminación son hacia el futuro y los de la nulidad, retroactivos (Consejo de Estado, SCA, 2007a).

Los efectos de la nulidad no solo son hacia futuro, esto es, *ex nunc*, sino que su declaratoria destruye los efectos ya producidos, es decir, *ex tunc*; desde luego, esto sucederá siempre que sea posible. Por eso, el Artículo 48 de la Ley 80 establece que la nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impide el pago de las prestaciones ejecutadas.

Plazo de liquidación

Terminado el plazo de ejecución de las obligaciones contractuales o declaradas la caducidad, la fuerza mayor, la terminación unilateral o cualquier otra forma de terminación anticipada del contrato, se procede a iniciar su plazo.

La liquidación es una actuación administrativa posterior a la terminación del contrato, encaminada a definir si existen prestaciones, derechos u obligaciones a cargo de las partes, a hacer un balance de las cuentas y resolver reclamaciones, ajustes y reconocimientos a los que haya lugar, para así finiquitar y dar paz y salvo a la relación negocial (Consejo de Estado, SCA, 2009).

En el acta de liquidación deberán constar los acuerdos, las conciliaciones y transacciones a los que llegan las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo⁶⁹.

La liquidación puede ser bilateral —o sea, de común acuerdo—, unilateral o judicial. El término dentro del cual las partes pueden liquidar el contrato de común acuerdo será el que ellas hayan fijado; si no acordaron plazo alguno, tendrán cuatro meses para hacerlo. Vencido este lapso, sin que las partes hayan liquidado el negocio, la entidad cuanta con dos meses para hacer la liquidación unilateral. Terminado este período, las partes tendrán dos años para solicitar la liquidación del contrato ante la jurisdicción.

Algunas características propias de las clases de liquidación son: la liquidación bilateral se materializa mediante acta, puede ser parcial⁷⁰, tiene efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. En estos casos la liquidación constituye

.....
69 El único contrato respecto al cual el Legislador expresó que no requería liquidación es el de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión (Presidencia de la República, 2012, art. 217).

70 Sobre lo que no haya acuerdo, la entidad liquida unilateralmente por medio de acto administrativo.

un negocio jurídico que solo puede ser invalidado por algún vicio del consentimiento, salvo en aquellos eventos en los que una de las partes, generalmente el contratista, sin cuestionar la validez de la misma, solicita la intervención judicial en relación con unos determinados puntos de inconformidad respecto a los cuales hay una salvedad en el acta, que debe ser concreta y específica (Consejo de Estado, SCA, 2012a).

La liquidación unilateral se materializa con un acto administrativo de carácter particular, susceptible del recurso de reposición y de la acción de controversias contractuales. La Administración cuenta con dos meses a partir del vencimiento del plazo para hacer la liquidación bilateral para expedir dicho acto administrativo.

En cuanto a la liquidación judicial, las partes tienen dos años para solicitarla; pese a ello, hasta antes de la notificación de la demanda, puede haber tanto liquidación bilateral como unilateral.

Conclusiones

Al realizar negocios jurídicos con un particular, la Administración pública busca siempre la transparencia y protección de los bienes del Estado y el bien común, para garantizar que no se generen prácticas de corrupción o se satisfagan intereses de particulares.

En su legislación, el Estado colombiano tiene políticas que definen las modalidades y formas de contratación con él y cómo debe ser su posterior ejecución y terminación, aunque tiene en cuenta todo tipo de vicisitudes que pueden surgir en el proceso.