

## CONTRATACIÓN ESTATAL

1

La contratación estatal tiene como propósito la regulación de todos los procedimientos adelantados por las entidades estatales para la satisfacción y cumplimiento de los fines misionales del Estado mediante la celebración de un contrato, el cual, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, no solo debe cumplir con los requisitos de existencia y validez de todo contrato establecidos en el Artículo 1502 del Código Civil, sino también con una serie de particularidades que conllevan a su configuración como un contrato de la Administración, a saber:

- La ejecución de una obra, la prestación de un servicio público o cualquier otra contraprestación cuyo objetivo sea el fomento de los intereses o la satisfacción de las necesidades de la población como objeto del contrato.<sup>2</sup>
- Para que un contrato devenga en administrativo, debe comprender la participación de un órgano estatal o de un ente de carácter público en ejercicio de la función administrativa.
- El contrato debe ser por naturaleza adhesivo, sea por la existencia de un contrato macro o por la limitación de las condiciones y los requisitos por parte de la Administración, como resultado de la elaboración unilateral de las cláusulas contractuales por el Estado.

.....  
2 Colombia, Congreso de la República, *Ley 489 de 1998*, "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 43.464, 30 de diciembre de 1998), art. 4.

- La existencia de prerrogativas especiales de la Administración que, si bien se encuentran delimitadas en su alcance por la constitucionalización del derecho administrativo, subordinan al interés público los principios de la contratación privada como la autonomía de la voluntad y la igualdad de las partes.<sup>3</sup>

Tras verificar las particularidades anteriores se predica la existencia de un contrato administrativo. Además, es pertinente aclarar la diferencia entre convenios y contratos de la Administración, en tanto es posible apreciar con regularidad un uso como sinónimo de ambos términos, cuando en realidad no lo son. Mientras en el contrato se presenta una contraposición de intereses, el convenio despliega una serie de objetivos comunes en relación con los cuales se celebra; de igual manera, la ejecución contractual implica prestaciones recíprocas, pero con el convenio lo que se presenta es una colaboración distributiva de actividades para el cumplimiento de un fin. En el contrato existe una remuneración pactada, es decir, tiene una naturaleza onerosa, mas en el convenio esta se encuentra ausente, en tanto no hay subordinación o prestación de un servicio que deba ser retribuida.<sup>4</sup> En consecuencia, el contrato estatal corresponde a un acto jurídico bilateral, que conlleva un acuerdo de voluntades en el que una de las partes es una entidad pública y el convenio supone un acuerdo de voluntades que obedece a una finalidad específica de colaboración, con un interés común diferente a la simple contraprestación propia del contrato.

Con la finalidad de hacer un cabal abordaje del tema de los contratos de la Administración pública como instituciones de derecho, el presente acápite se divide en cuatro apartes con los cuales se pretende mostrar al lector los principios que rigen la contratación estatal, sus elementos, sus principales especies y los mecanismos de control sobre ellos, así como la posibilidad de cesión y la forma de su liquidación.

.....  
3 Pablo Leiza Zunino, *Contratos de la Administración pública: teoría, principios y aplicación práctica* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2012), 730.

4 José Vicente Blanco Restrepo, "Los convenios de colaboración: una modalidad de actuación de la administración que no se encuentra sometida a la Ley 80 de 1993", *Revista Universidad Católica de Oriente*, núm. 19 (2005): 139-150.

## Principios de la contratación pública

De acuerdo con el Artículo 209 de la Constitución Política y los postulados de la Ley 80 de 1993, la contratación pública tiene como principales principios: transparencia, economía, buena fe, publicidad, debido proceso y responsabilidad, en concordancia con los postulados que rigen la función administrativa;<sup>5</sup> conmutatividad;<sup>6</sup> equilibrio económico del contrato;<sup>7</sup> planeación<sup>8</sup> y selección objetiva.<sup>9</sup> Respecto a estos ha afirmado la Corte Constitucional:

Dada la evolución en materia de contratación pública y de las condiciones bajo las cuales los particulares contratan con el Estado, ya no se está ante reglas que buscan morigerar el poder exorbitante del Estado, sino ante reglas que pretenden satisfacer los principios que orientan la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), y que imponen a las Entidades Estatales asegurar el cumplimiento de tales principios en los contratos que celebran.<sup>10</sup>

El principio de publicidad en el marco de los contratos estatales supone el conocimiento oportuno y efectivo de los actos jurídicos que la entidad pública contratante emita en los períodos de selección, ejecución y liquidación contractual. Los avances de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)<sup>11</sup> han permitido que el Estado introduzca el uso de la Internet como instrumento

5 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 41.094, 28 de octubre de 1993), arts. 23 y ss.

6 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 28.

7 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 3, art. 4, num. 3, art. 5, num. 1 y 27.

8 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1474 de 2011*, "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.128, 12 de julio de 2011), art. 10; Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 1510 de 2013*, "Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.854, 17 de julio de 2013), art. 5, derogado parcialmente por el Decreto 1081 de 2015 y modificado por el Decreto 1275 de 2015, modificado por el Decreto 1609 de 2015, modificado por el Decreto 124 de 2016.

9 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 46.691, 16 de julio de 2007), art. 5.

10 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-713 de 7 de octubre de 2009*, M. P. María Victoria Calle Correa.

11 Las TIC "tienen la potencialidad de acercar a la ciudadanía, al Estado y al gobierno mismo. En esta medida pueden maximizar la transparencia, horizontabilidad e interactividad entre administradores y administrados". Jairo Becerra et al., *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 38.

para dar a conocer los actos jurídicos producidos por las entidades públicas contratantes en la gestión contractual. Ello ha dado lugar al fenómeno de la contratación pública por medios electrónicos, el cual pretende reemplazar las prácticas tradicionales y los procedimientos de contratación por las nuevas alternativas ofrecidas por la era digital. Al respecto, el profesor Laguado ha manifestado:

[...] desde abril de 2003 se creó como consecuencia de un propósito impulsado por la Vicepresidencia de la República, el Portal Único de Contratación, el cual se constituye en herramienta que se basa en la Internet, a través de la cual las entidades públicas carentes de infraestructura de conectividad propia, y también cualquier otra entidad que aunque cuente con dicha infraestructura quiera comprometerse con una política de mayor transparencia y lucha contra la corrupción en la contratación pública, publican información sobre sus procesos de contratación pública con base en unos formatos y unos requerimientos diseñados por el propio sistema. Así pues, la herramienta funciona como solución para las entidades pobres sin sistema propio y como multiplicador de la transparencia en el caso de las entidades que ya contaban con sus propias páginas Web y venían cumpliendo los requerimientos del decreto 2170 de 2002 y de la Directiva Presidencial 02 de 2000.<sup>12</sup>

Otro elemento orientador de la contratación estatal colombiana es el principio del debido proceso. Las etapas que conforman el procedimiento de la contratación estatal están sustentadas en ese derecho fundamental, en razón a que el Artículo 29 de la Constitución Política obliga la aplicación de un debido proceso en las actuaciones judiciales y administrativas.<sup>13</sup> Lo anterior trae como consecuencia que tanto los actos administrativos que se emitan a causa de la gestión contractual y los contratos deberán cumplir con las condiciones procedimentales

12 Roberto Laguado Giraldo, "La contratación pública electrónica en Colombia", *Vniversitas*, núm. 108 (2004): 470. La transparencia y el derecho de acceso a la información pública —en correspondencia con la ampliación democrática—, la descentralización y la política (local, regional y nacional) de derechos como marco de la transparencia desempeñan un rol importante frente a principios como el de participación y autonomía de las comunidades en un Estado social de derecho que "presenta dificultades como la corrupción, la ineficacia y la carencia de una cultura política de base". Jheison Torres Ávila, *La transparencia y el buen gobierno. Una perspectiva desde los derechos humanos y las obligaciones de los gobiernos locales* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016), 72.

El mismo autor señala que se deben tener en cuenta: 1) el principio de soberanía expresado en los pactos firmados por los Estados; 2) las responsabilidades de todos los poderes del Estado en su promoción, respeto y garantía; 3) el respeto al principio de igualdad; 4) los mínimos que desarrolla cada derecho; 5) el reconocimiento de la autonomía de las comunidades en la formulación y ejecución de las políticas, y 6) la transferencia de medios financieros y competencias para alcanzar los objetivos. Torres Ávila, *La transparencia y el buen gobierno*, 73-77.

13 Jaime Eduardo Chaves-Villada, "El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de contratos estatales", *Vniversitas* 64, núm. 130 (2015): 91-134.

que determinen la Constitución y la ley, dado que Colombia es un Estado social de derecho y por eso debe brindar garantías para la formación de la voluntad del Estado. Se comprende el principio del debido proceso como aquel que tiene por finalidad hacer efectivas las garantías del derecho material de las entidades públicas contratantes y de los contratistas, la toma de decisiones justas y la materialización de otros principios como la seguridad jurídica y la legalidad.

El principio de transparencia se regula con fundamento en el Artículo 24 de la Ley 80 de 1993, con importantes aportes a la expedición de la Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se crea la Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional. Acerca de este, Palacios afirma:

Mediante este principio se ataca la corrupción; con él se busca garantizar la moralidad en la contratación, la imparcialidad de la Administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo con unas reglas precisas, claras, completas y objetivas. En este principio se conjugan también los de igualdad, el de la publicidad, y de la libre concurrencia o competencia, que sirven de base a la forma más clara de selección del contratista, que es la licitación, pero que deben estar presentes en los otros mecanismos de selección del contratista cualquiera que sea la forma escogida, como se expresó en la exposición de motivos de la Ley, que debe existir “aun en los casos de contratación directa o urgencia.”<sup>14</sup>

El principio en cuestión no solo implica que en toda contratación estatal se escogerá de forma imparcial al contratista,<sup>15</sup> sino que se garantiza el derecho a conocer todas las actuaciones derivadas del proceso de contratación, su publicidad y los pliegos de condiciones, que deberán incluir en forma detallada los plazos y las reglas para la confección de las propuestas por parte de los oferentes. Para la Corte Constitucional, este:

[...] garantiza la imparcialidad de la administración y por consiguiente la escogencia objetiva de contratistas. La aplicación de dicho principio implica que dicha escogencia se efectúe siempre a través de licitación o concurso, salvo las excepciones previstas en la misma norma, y que en los procesos contractuales los interesados tengan oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se deben establecer etapas que permitan el cono-

14 Juan Ángel Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales* (Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2010), 56-57.

15 Ómar Franco Gutiérrez, *La contratación administrativa: comentarios a la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios* (Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2000), 184.

cimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. En el mismo sentido, las actuaciones de las autoridades deben ser públicas y los expedientes que las contengan igualmente deben estar abiertos al público, permitiendo, en el caso de licitación, el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política. En virtud del mismo principio de transparencia, el artículo 24 exige que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se indiquen los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, y se definan reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. Prohíbe, además, la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, y finalmente, cabe también resaltar que, como otra garantía adicional, derivada del principio de transparencia, la norma dispone que toda actuación de las autoridades, derivada de la actividad contractual, deberá ser motivada.<sup>16</sup>

La transparencia puede ser considerada como un instrumento en la esfera de lo público encaminada a la modernización burocrática y la democracia material, así como una herramienta de relegitimación frente a lo que implica la lucha contra al flagelo de la corrupción.<sup>17</sup>

Por su parte, los principios conexos de economía y planeación exigen la elaboración de estudios y de los documentos previos, así como el análisis de riesgos de acuerdo con una metodología pertinente y eficaz, el deber de planeación, la solicitud de la garantía única de cumplimiento como elemento necesario para la ejecución contractual<sup>18</sup> y la utilización de los procedimientos requeridos para la consecución de los fines estatales. Frente a lo anterior, el Consejo de Estado señaló:

El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y

16 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-128 de 18 de febrero de 2003*, M. P. Álvaro Tafur Galvis. También puede verse Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-400 de 2 de junio de 1999*, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

17 Torres Ávila, *La transparencia y el buen gobierno*, 23.

18 Carlos Fernando Amaya Rodríguez, "El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado", *Via Iuris* 20 (2016): 105-119

## •Contratación estatal•

así poder establecer la conveniencia o no del objeto a contratar, si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión.<sup>19</sup>

En la actualidad, el principio de planeación se ha materializado en el marco legal colombiano:

[...] la Entidad Estatal debe hacer durante la etapa de planeación el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo; y que la Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.<sup>20</sup>

Además, prevé:

Artículo 6. [...] la Entidad Estatal debe publicar su Plan Anual de Adquisiciones y las actualizaciones del mismo en su página web y en el Secop, en la forma que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente.

Artículo 7. [...] la Entidad Estatal debe actualizar el Plan Anual de Adquisiciones por lo menos una vez durante su vigencia, en la forma y la oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente.<sup>21</sup>

En este sentido:

[...] la Entidad Estatal debe actualizar el Plan Anual de Adquisiciones cuando: (i) haya ajustes en los cronogramas de adquisición, valores, modalidad de selección, origen de los recursos; (ii) para incluir nuevas obras, bienes y/o servicios; (iii) excluir obras, bienes y/o servicios; o (iv) modificar el presupuesto anual de adquisiciones.<sup>22</sup>

La buena fe como principio es de raigambre constitucional y absoluto, entendido como aquel:

[...] que exige a los particulares y a las autoridades ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (*vir bonus*)”. Así la buena fe presupone la existencia de rela-

19 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia 1999-00546 de 28 de mayo de 2012, Sección Tercera*, M. P. Ruth Stella Correa Palacio.

20 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 1510 de 2013*, “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.854, 17 de julio de 2013), art. 15.

21 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 1510 de 2013*, art. 6.

22 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 1510 de 2013*, art. 7.

ciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”.<sup>23</sup>

**Acerca de su aplicación directa en la contratación estatal, ha dicho la Corte Constitucional:**

[Es] oportuno destacar que a partir del fundamento constitucional al que se ha hecho mención, el mismo aparece expresamente contenido en el artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —Ley 80 de 1993— que, al hacer referencia a los criterios de interpretación de las reglas contractuales, dispone: “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”. El valor ético de la confianza como fundamento del contrato administrativo adquiere relevancia particular porque contribuye a humanizar las relaciones entre la Administración y el administrado. Dada la supremacía jurídica de la Administración Pública es necesario que su conducta se someta a los dictados éticos de la buena fe; por ejemplo, en los contratos administrativos, que es el objeto de esta tutela, en los que el derecho le confiere a la Administración una posición de *potentior personae*, que se manifiesta no sólo en la atribución de las potestades de modificarlo, terminarlo o interpretarlo mediante el ejercicio de la decisión unilateral y ejecutoria, sino también en otros poderes y privilegios, tales como el de control y dirección, el de imponer sanciones, etc.<sup>24</sup>

El principio de selección objetiva de los contratistas “fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal”<sup>25</sup> y tiene una doble naturaleza como deber-regla de conducta que orienta los procesos de selección contractual.<sup>26</sup>

[Es] un principio de la contratación estatal consagrado en el artículo 29 del estatuto, consistente en escoger el contratista que hace el ofrecimiento más favorable a la enti-

23 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-1194 de 3 de diciembre de 2008*, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

24 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-209 de 17 de marzo de 2006*, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

25 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-128 de 18 de febrero de 2003*.

26 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia 31447 de 3 de diciembre de 2007*, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

•Contratación estatal•

dad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.<sup>27</sup>

Sin embargo, para otros autores, no constituye un principio, sino un deber jurídico claramente delimitado. Édgar González sostiene:

[...] la selección objetiva no es un principio, sino una finalidad instrumental del proceso contractual; vale recordar que el fin corresponde a la aspiración que se quiere llegar, mientras que el principio supone los pensamientos generales normativos que han orientado la labor del legislador o que prescriben que un valor o un bien jurídico debe ser realizado en la mayor medida que resulte posible.<sup>28</sup>

El Consejo de Estado afirmó que la selección objetiva:

[...] es una regla de conducta de la actividad contractual, así como un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin, pues apunta a un resultado, el cual es la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación [...]. El Legislador al definir lo que se entiende por selección objetiva, pretende regular la escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prime la transparencia, la imparcialidad e igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función de la específica necesidad pública haya fijado la administración en los pliegos de condiciones. Por estas razones la consagración legal del deber de selección objetiva [se enmarca en] la institución del acto reglado. Una decisión administrativa encaja en la noción de acto reglado cuando su contenido es el único posible [debido a] la ley y los reglamentos, siendo ilegal si los desconoce.<sup>29</sup>

El principio de conmutatividad es el resultado del carácter eminentemente económico de los contratos estatales y hace posible:

[...] predicar para el mismo una regla básica e indispensable para garantizar la convivencia en la relación negocial, cual es la de la existencia de un equilibrio permanente

.....  
27 Libardo Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001), 403

28 Édgar González López, *El pliego de condiciones en la contratación estatal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 135.

29 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado No. 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992)*, *Sentencia del 20 de mayo de 2010*, C. P. Enrique José Arboleda Perdomo.

entre las prestaciones y el derecho de las partes involucradas, lo que implica partir del expreso reconocimiento legal y admitir su carácter conmutativo y oneroso.<sup>30</sup>

Implica, por tanto, que se pacten entre las partes —el Estado, por un lado y los contratistas, por el otro— con fundamento en referentes objetivos los presupuestos para la comisión de éxito y el pago del contrato, de forma que se aproximen a un real equilibrio económico.<sup>31</sup>

El principio de responsabilidad conlleva que tanto los contratistas como las entidades estatales y sus funcionarios que actúen o sean parte del proceso de selección serán responsables civil, disciplinaria o penalmente, según sea el caso, por las actuaciones u omisiones que causen un perjuicio a los proponentes o contratistas, así como a los terceros incidentes. Además:

[...] impone al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad. El principio de responsabilidad se encuentra en el principio de selección objetiva en virtud del cual “la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa” [...].<sup>32</sup>

En lo que se refiere a la justicia disciplinaria y los derechos, Torres aduce:

[...] el concepto de lo disciplinario no se funda en la idea de generar un régimen policial frente al funcionario, pero sí se trata de desarrollar dentro de la lógica del Estado social de derecho, la idea de poner límites a las acciones, no obstante de no incurrir en una acción punible, si violan los objetivos para los cuales se les otorgó el poder que ostentan.<sup>33</sup>

Por su parte, el principio del equilibrio económico contractual se encuentra consignado en la Ley 80 de 1993:

30 Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 1 (2008): 13.

31 Santofimio Gamboa, “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal”, 1-57.

32 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia 17767 de 31 de enero de 2011*, C. P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

33 Torres Ávila, *La transparencia y el buen gobierno*, 105.

En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.<sup>34</sup>

#### **Al respecto, menciona la Corte Constitucional:**

La Administración Pública tiene el deber jurídico de restablecer el *sinalagma* económico del contrato y entrar a satisfacer los derechos del contratista afectado por los mayores costos, dando así aplicación a los principios constitucionales de justicia conmutativa (art. 2.º), igualdad (art. 13) y garantía de los derechos adquiridos (art. 58).<sup>35</sup>

#### **Finalmente, enuncia la Ley 1150 de 2011:**

[En] entidades estatales<sup>36</sup> que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.<sup>37</sup>

34 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 27.

35 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-892 de 22 de agosto 2001*, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

36 El Artículo 14 exceptúa de la aplicación del Estatuto estatal a las sociedades de economía mixta con un porcentaje de participación estatal inferior a 50 %; el Artículo 15 exceptúa a las entidades financieras estatales en lo referente al giro de sus actividades ordinarias y el Artículo 16, a las entidades del sector defensa: “Satena, Indumil, el hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial —Cotecmar— y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana —CIAC—”.

37 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 13.

## Algunos aspectos del contrato estatal y sus particularidades en el derecho administrativo

Por regla general, se entiende como contrato a todo acuerdo de voluntades entre dos o más personas encaminado a generar efectos jurídicos y extinguir, crear o modificar obligaciones;<sup>38</sup> de allí que se asuma el contrato administrativo como “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, entre un órgano del Estado, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas”.<sup>39</sup> Existe en ellos una desigualdad necesaria que resulta de la posición dominante en cabeza de la Administración, lo cual determina unas características especiales propias, a saber:

1. La desigualdad de las partes
2. La existencia de prerrogativas especiales en cabeza de la administración durante el lapso de ejecución, así como de vigencia del contrato.
3. Tener como causa, invariablemente, el cumplimiento de los fines propios de la administración.<sup>40</sup>

Los contratos estatales, al igual que los civiles y mercantiles, se componen de elementos esenciales, accidentales y de la naturaleza y, para que surtan efectos jurídicos, deben cumplirse con los esenciales, a saber: capacidad, consentimiento, objeto y causa, pues “si faltan consentimiento, y/u objeto, y/o causa y/o los demás propios de cada acto jurídico”,<sup>41</sup> el acto será considerado inexistente.

Estos deben cumplir a su vez con los elementos de validez del contrato: capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa lícita, establecidos en el Artículo 1503 del Código Civil.

En el marco de la contratación estatal y dada la noción de capacidad, pueden contratar todas las entidades públicas a las que hace referencia la Ley 80 de 1993, tengan o no personería jurídica, como quiera que la misma Ley las habilita a

38 Carlos Gómez Vásquez, *Teoría del contrato* (Medellín: Universidad de Medellín, 2010), 166

39 Miguel Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971), 174, citado en Claudia Esteban, “La teoría de los contratos administrativos”, [http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/2011\\_-\\_04\\_-\\_03\\_Esteban.pdf](http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/2011_-_04_-_03_Esteban.pdf) (acceso julio 17, 2017).

40 Esteban, “La teoría de los contratos administrativos”.

41 Jorge Parra Benítez, *Manual de derecho civil. Personas, familia y derecho de menores* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1988), 31.

contratar, puesto que no les está reconociendo personería jurídica, sino capacidad para contratar, lo que en el derecho público se denomina competencia.

La capacidad es comprendida como “la aptitud de una persona para ser titular de derechos y para ejercerlos”<sup>42</sup> o, en palabras de la Corte Constitucional:

[...] la “aptitud” para ser sujeto de derechos y para ejercer plenamente la facultad de tales mediante la celebración de negocios jurídicos, la consideración que subyace a ello es la de poseer o no, y en qué grado, “...una voluntad reflexiva por el hecho de alcanzar cierta edad (mayoría), estabilidad y madurez emocional.”<sup>43</sup>

Por su parte, en la Ley 80 de 1993, la capacidad es entendida como “poder obligarse por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”,<sup>44</sup> de forma libre y consiente, sin incurrir en ningún vicio en su formación. Siendo esta, susceptible de ser entendida como la voluntad efectiva de la persona en obligarse libre de vicios,<sup>45</sup> en tanto, estos suponen que “el consentimiento de las partes o de una de ellas se halla viciado hasta el punto de que puede anularse el contrato”<sup>46</sup> bien como resultado de incurrir en error, la existencia de fuerza o dolo.<sup>47</sup>

El error puede ser de tres tipos: de derecho, de hecho y común. De estos, el primero y el último carecen de la capacidad de viciar el acuerdo de voluntades: el primero porque los contratos deben ceñirse en su formación y ejecución a los parámetros normativos y el segundo, porque es fuente creadora del derecho cuando es común y reiterado.<sup>48</sup> Así las cosas, solo cuenta con la aptitud para viciar el consentimiento el error de hecho, que se divide en tres clases: el que impide la existencia del acto, el que lo hace anulable y el que permite su subsistencia.<sup>49</sup> Al respecto, el Código Civil expresa:

El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra; como si una de las partes entendiese empréstito y

42 Alex Weill y Francois Terré, *Droit civil: les obligations* (Paris: Dalloz, 1975), 244.

43 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-534 del 24 de mayo de 2005*, M. P. Humberto Sierra Porto.

44 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 1502.

45 Miguel Betancourt, *Derecho privado: categorías básicas* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1996), 586.

46 Luis Claro, *Derecho civil: obligaciones* (Santiago: Imprenta Nacional de Chile, 1986), 631.

47 Álvaro Ortiz Monsalve, *Manual de obligaciones* (Bogotá: Temis, 2013), 170.

48 Raimundo Emiliani Román, *Conferencias de obligaciones* (Bogotá: Temis, 1980), 356.

49 René Savatier, *La théorie des obligations* (Paris: Dalloz, 1967), 425.

la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada y el comprador entendiese comprar otra.<sup>50</sup>

**La fuerza vicia el consentimiento siempre y cuando no sea legítima o el temor producido sea reverencial. Puede ser de dos tipos:**

Física (*vis absoluta*) o moral (*vis compulsiva*). La fuerza o violencia física, consiste en toda coacción sobre la integridad y libertad material de la persona de la víctima, como pueden ser los maltratos, las torturas y el secuestro, y en ella existe ausencia total de elección en el sentido de la manifestación de la voluntad del compelido materialmente a la realización del acto; y la fuerza o violencia moral, consiste en una presión psicológica que perturba a la víctima y conduce su voluntad contractual manifestada, de manera que ella no elimina la voluntad del contratante, sino que la guía en la formación del negocio jurídico y hacia su celebración, conservando un margen de elección entre su suscripción o el riesgo de sufrir un mal amenazado; por lo general, se traduce “en las amenazas encaminadas a intimidar a la víctima y crear en su ánimo la resolución de consentir en el acto jurídico para librarse del mal con que se le conmina, como las amenazas de muerte, el secuestro de un pariente, de destrucción.”<sup>51</sup>

**Ortiz Monsalve afirma:**

Se entiende por fuerza todo desplazamiento de energía de un cuerpo hacia otro; cuando esa energía es ilegítima y se ejerce sobre una persona se transforma en violencia, la cual genera a su vez un fenómeno psicológico que es lo que conocemos como miedo: este miedo es en realidad el que induce a contratar [...] la violencia puede ser física o absoluta y moral: la violencia moral se traduce en amenazas y vicia el consentimiento. En la física no hay consentimiento y en consecuencia no existe el negocio.<sup>52</sup>

Por su parte, el dolo se entiende como una “serie de maniobras fraudulentas o reticencias provenientes de una parte a fin de engañar a la otra o a terceros y hacerles expresar su voluntad”<sup>53</sup> y se diferencia del error en tanto la discrepancia entre lo declarado y lo querido es consciente para una de las partes de la relación contractual.

50 Colombia, Congreso de la República, *Ley 57 de 1887*, “Código Civil” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 7.019, 20 de abril de 1887), art. 1510 (en adelante, Código Civil).

51 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 13001-23-31-000-1998-00343-01(23605)*, *Sentencia de 26 de julio de 2012*, C. P. Danilo Rojas Betancourth.

52 Ortiz Monsalve, *Manual de obligaciones*, 63-64.

53 Ortiz Monsalve, *Manual de obligaciones*, 65.

El objeto y la causa lícita son aquellos que no están expresamente prohibidos por la ley; el objeto es lo que se adeuda como resultado de la celebración del contrato y la causa es su razón o fundamento.

Respecto a los elementos esenciales del contrato estatal o administrativo, como subcategoría de los contratos, aplican los mismos de todos los contratos, salvo algunas particularidades, pues la capacidad para contratar con el Estado no solo se encuentra viciada por las causales propias del Código Civil, sino también por el régimen de inhabilidad, entendida como:

Una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.<sup>54</sup>

Esta ha sido definida por la Corte Suprema de Justicia como:

[Las circunstancias negativas] del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otras. La constitución y la ley son los encargados de señalar esta circunstancia.<sup>55</sup>

La incompatibilidad, por otro lado, es:

[...] una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado.<sup>56</sup>

Las incompatibilidades se encuentran contenidas en el Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, complementada por la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011.

.....  
54 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-498 de 26 de septiembre de 1996*, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

55 Colombia, Corte Suprema de Justicia, *Sentencia No. 62, exp. 1799 de 9 de junio de 1988*, M. P. Fabio Morón Díaz.

56 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-903 de 17 de septiembre de 2008*, M. P. Jaime Araujo Rentería.

Son inhábiles frente a la participación en licitaciones y celebración de contratos estatales, por un período de cinco años como regla general, los individuos que la Constitución considera inhábiles para contratar, así como aquellos que, aun bajo estas inhabilidades, participaron en licitación alguna o celebraron contratos con el Estado. También es inhábil quien haya dado lugar a la declaratoria de caducidad de un contrato y los socios en una sociedad de personas a la cual se le haya declarado la caducidad de un contrato; el condenado penalmente a quien se le hubiera impuesto la pena accesoria de interdicción de derecho y funciones públicas, así como quien haya sido sancionado disciplinariamente con destitución —por plazo igual al de la sanción, salvo delitos contra la Administración, en cuyo caso la inhabilidad se extenderá por un período de veinte años—; quien sin justa causa se abstenga de suscribir el contrato estatal adjudicado y los servidores públicos.

También serán inhábiles para contratar, en virtud del estado civil, “quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación”,<sup>57</sup> así como las sociedades distintas de las anónimas abiertas:

[...] en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación.<sup>58</sup>

#### De igual forma, son inhábiles para contratar:

Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

57 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 8, lit. g.

58 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 8, lit. h.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.<sup>59</sup>

Con base en la misma Ley, son inhábiles para contratar los interventores que incumplan el deber de entregar información relativa al incumplimiento contractual o con hechos y circunstancias que puedan constituir un acto de corrupción debidamente tipificado; quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante durante un año contado a partir de la desvinculación y quienes tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con estos, ni las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades anónimas, salvo abiertas, en las que ocupen cargos directivos u obren como asesores ejecutivos.

De igual forma, estas pueden ser sobrevinientes, como se plantea en los términos del Artículo 9 de la Ley 80 de 1993, frente a la cual ha mencionado el Consejo de Estado:

[...] para aquellos otros casos en los que el correspondiente contrato estatal se hubiere celebrado con una persona que, al momento de dicha celebración, no estaba incurso en causal alguna de inhabilidad o de incompatibilidad, pero a quien con posterioridad le sobreviene una de tales causales, la ley establece y determina efectos diferentes a los de la nulidad del vínculo, los cuales en nada inciden sobre su validez, como son los de tener que ceder el contrato o, si ello no resulta posible, renunciar a su ejecución. Así lo regula de manera expresa y precisa el artículo 9 de la citada Ley 80 [...]. De la norma legal en cita —bueno es reiterarlo—, se desprende sin lugar a la menor hesitación, que la configuración sobreviniente de una causal de inhabilidad o de incompatibilidad respecto del contratista particular, de ninguna manera genera la nulidad absoluta del contrato sino que, por el contrario, abre paso a la observancia de una consecuencia diferente, cual es la obligación de proceder a la cesión del contrato —previa aprobación expresa y escrita de la entidad estatal contratante— o, si ello no fuere posible, a renunciar a su ejecución. Por lo tanto, la causal sobreviniente

59 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 8, lit. j, añadido mediante Colombia, Congreso de la República, *Ley 1474 de 2011*, art. 2.

no afecta la validez del contrato sino el derecho a la continuidad en la ejecución por parte del contratista incurso en la respectiva causal.<sup>60</sup>

Los consorcios y las uniones temporales se tratan de contratos consensuales mediante los cuales un grupo de personas se une para presentar una propuesta ante la Administración para participar en un proceso de selección.<sup>61</sup> Estos requieren el cumplimiento de dos formalidades para su constitución o nacimiento: i) la existencia de una propuesta conjunta u oferta para la celebración de un contrato estatal, y ii) que en documento anexo a la propuesta con la que pretenden participar en la licitación los proponentes indiquen si participarán a título de consorcio o unión temporal y definan para esta última la participación y la responsabilidad de cada uno de sus integrantes;<sup>62</sup> por su sola constitución, tiene capacidad jurídica para obrar.<sup>63</sup>

Frente a la autonomía de la voluntad, propia de los contratos civiles y mercantiles, es posible afirmar la existencia de una dicotomía legal en relación con el principio de legalidad correspondiente a los contratos estatales, en tanto aquella se ve limitada por dicho principio.<sup>64</sup> La primera permite a los particulares:

i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos

60 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 25000-23-26-000-1999-02197-01(25646)*, *Sentencia de 13 de noviembre de 2013*, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

61 José Luis Benavides y Jaime Orlando Santofimio, *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 514. Jorge Pino Ricci, *El régimen jurídico de los contratos estatales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 657

62 Jaime Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles* (Medellín: Dike, 2004), 588, citado en Andrea Álvarez Acevedo, "La capacidad jurídica de consorcios y uniones temporales en el marco de la contratación estatal", *Verba Iuris* 27 (2012): 115.

63 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-414 de 22 de septiembre de 1994*, M. P. Antonio Barrera Carbonell; Juan Ángel Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales*. 6a ed. (Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2010), 698.

64 Ministerio de Gobierno, *Nuevo régimen de contratación administrativa* (Bogotá: Imprenta Nacional, 1993), 329.

respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel [...].<sup>65</sup>

La legalidad se presenta como un límite a la función estatal, pues la somete a la normatividad jurídica con la finalidad de clarificar y garantizar una correcta utilización de las competencias discrecionales de la Administración.<sup>66</sup> Dichas limitaciones se clasifican en:

a. Limitaciones legales, entendidas como aquellas que han sido impuestas por el Estado mediante normas legales de carácter imperativo, el orden público y las buenas costumbres. Entendiendo por orden público el conjunto de normas jurídicas que el Estado ha considerado como de obligatorio cumplimiento, del cual no escapan las actuaciones de los órganos del Estado ni de los particulares, que salvaguardan principios jurídicos y éticos fundamentales del ordenamiento; y buenas costumbres se entienden como sinónimo de la moral, es decir, convicciones de ética social imperante en un momento determinado de la sociedad.

b. Limitaciones actuales, entendidas como las limitaciones sociales que les son impuestas tanto al Estado como a los particulares en la celebración de un contrato masivo, ya que las partes no negocian el contenido del mismo, por el contrario, una de ellas elabora, parcial o íntegramente el contenido del contrato, limitándose la otra a aceptarlo o rechazarlo, reduciendo la autonomía de la voluntad en aras de la fluidez del intercambio de bienes y servicios a un menor costo, pues en la contratación masiva se reducen los costos que genera la contratación individual de cada contrato, y como justificación de ello está el agilizar el tráfico patrimonial y reducir los costos de contratar o de transacción.<sup>67</sup>

El principio de autonomía de la voluntad de las partes encuentra un límite en las facultades exorbitantes de la Administración,<sup>68</sup> porque estas exceden el ámbito de la libertad contractual al permitir que la Administración —unilateralmente y durante la ejecución del contrato administrativo, por medio del *ius*

65 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-341 de 3 de mayo de 2006*, M. P. Jaime Araujo Rentería.

66 Diana Amazo Parrado, "¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?", *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 9, núm. 2 (2007): 188.

67 Amazo Parrado, "¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?", 200.

68 Néstor David Osorio Moreno, "Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la Administración pública: ¿Autonomía de la voluntad o imposición del Legislador?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 10 (2013): 95-108.

*variandi*— introduzca modificaciones al contrato ejecutado, siempre y cuando estas sean razonables.<sup>69</sup> Frente a lo anterior, ha expresado la Corte Constitucional:

A través de las potestades excepcionales generales la Administración goza de prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y la vigilancia de su ejecución, a fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y poder, así, asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos. Se garantiza de esta manera, el cumplimiento de los fines estatales que se desarrollan a través de la contratación estatal mediante el reconocimiento a la Administración Pública, de un poder especial de orden administrativo.<sup>70</sup>

Estas facultades encuentran su origen en la legislación francesa<sup>71</sup> y permiten diferenciar un contrato administrativo, de uno privado.

Las cláusulas exorbitantes constituyen la expresión de prerrogativas que por mandato legal se otorgan a la Administración, lo que hace que el principio de igualdad que caracteriza los contratos privados se rompa y que se le otorgue a las entidades públicas contratantes, privilegios, que les permiten desarrollar ciertas actuaciones unilaterales, con la potestad de hacerlas cumplir oficiosamente; es decir, sin necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, amparada en el principio de la ejecución oficiosa de los actos administrativos.<sup>72</sup>

**El Consejo de Estado ha sostenido:**

En materia contractual, la administración tiene la dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, función que desarrolla, entre otras formas, a través de las cláusulas exorbitantes, caracterizadas, esencialmente, por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que, precisamente, al practicarse quebrantan la igualdad y conmutatividad propias del acuerdo de voluntades [...]. El fundamento de estos poderes, reservados a la administración, es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal. En efecto, la entidad pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo, y el contratista, por su parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio. [...] las cláusulas exorbitantes son —de acuerdo con la Ley 80 de 1993—: la interpretación unilateral de los documentos contractuales y

69 Esteban, "La teoría de los contratos administrativos".

70 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-1341 de 11 de diciembre de 2001*, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

71 Georges Vedel, *Derecho administrativo* (Madrid: Aguilar, 1980), 759.

72 Ciro Norberto Güecha Medina, "Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal", *Opinión Jurídica* 5, núm. 10 (2006): 41.

de las estipulaciones en ellos convenidas, la introducción de modificaciones a lo pactado, la terminación unilateral, la caducidad administrativa, la reversión y el sometimiento a las leyes nacionales. En este orden de ideas, las cláusulas exorbitantes le otorgan ventajas a la Administración, porque es gestora del interés colectivo. Ahora bien, con la Ley 80 de 1993, su existencia opera tanto *ex lege* como *ex contractu*, dependiendo del acuerdo que se trate [...]. Que estos poderes operan *ex lege* significa que se integran a los contratos aun cuando no se pacten, porque la norma los incorpora directamente en algunos negocios, concretamente los que tienen por objeto: el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, y los contratos de obra. En estos casos la norma es impositiva, al advertir que para el efectivo cumplimiento de los fines de la contratación las entidades “pactarán” estos poderes; no obstante, si no se estipulan, el inciso tercero del mismo numeral señala que se entienden pactadas, aunque no se consignent expresamente. Sin embargo, estas cláusulas también pueden ser *ex contractu*, es decir, que sólo harán parte del negocio por voluntad expresa de las partes, aunque la ley sólo establece tal posibilidad en dos tipos de contratos: suministro y prestación de servicios profesionales.<sup>73</sup>

En relación con la aplicación de la discrecionalidad en las cláusulas exorbitantes, el Artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 señala que, para poder ser declaradas, deben ser adecuadas a los fines de la norma y proporcionales a los hechos que les dan origen.

La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas [en la ley].<sup>74</sup>

El marco normativo que da lugar a las cláusulas exorbitantes y su aplicación indica que la Administración podrá utilizar como medios para el cumplimiento del objeto contractual:

1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la pa-

73 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697)*, *Sentencia de 24 de octubre de 2012*, C. P. Enrique Gil Botero.

74 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-917 de 16 de noviembre de 2010*, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

realización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.

En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las Entidades Estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.<sup>75</sup>

### Se prescinde de su utilización en los contratos:

[...] con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las Entidades Estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las Entidades Estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.<sup>76</sup>

Estas cláusulas se hallan en los Artículos 15 a 19 de la Ley 80 de 1993 y comprenden la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación

75 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 14.

76 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 14, par.

unilateral, la declaratoria de caducidad y la reversión del contrato, a las que se suman las cláusulas relativas a multas y la cláusula penal pecuniaria. La primera consiste, de acuerdo con el Artículo 15 de la mencionada Ley, en la facultad que tiene la Administración frente a las discrepancias en torno a la interpretación del contrato, para determinar el sentido del clausulado de forma motivada y evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer mediante la ejecución contractual.<sup>77</sup>

La segunda es aquella que establece la modificación unilateral de los contratos:

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.<sup>78</sup>

#### Para la Corte Constitucional:

La modificación unilateral del contrato estatal constituye una facultad que el legislador, en uso de su facultad configurativa, le ha otorgado a la administración cuando ésta actúa como contratante en un negocio jurídico de carácter estatal. Esta prerrogativa pública o privilegio contractual que tiene la administración es de naturaleza reglada, porque para poder ejercerla debe constatar la existencia de los supuestos fácticos previstos en la norma, previa garantía del debido proceso. Además, esta medida, que debe hacerse mediante acto administrativo debidamente motivado, se encuentra revestida de la presunción de legalidad y como tal adquiere el carácter de obligatoriedad, de ejecutividad y de eficacia. Es decir, que la modificación unilateral no es discrecional ya que debe adoptarse solamente cuando dentro de la ejecución de un

.....  
77 Juan Camilo Arango Betancourth y Jorge Guillermo García Moncada, "Aplicación de las cláusulas exorbitantes en los contratos estatales regulados por regímenes especiales" (tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana, 2004), 169; Nora Elena Pardo Posada y Carlos Arturo Hernández, "La interpretación de las cláusulas del contrato estatal en el marco del orden jurídico", *Criterio Jurídico Garantista* 5, núm. 8 (2013): xx; Jaime Rodríguez Arana, "Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas", *AFDUDC* 12 (2008): xx.

78 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 16.

contrato se presenten circunstancias que puedan paralizar o afectar la prestación de un servicio público que se deba satisfacer con este instrumento.<sup>79</sup>

La terminación unilateral procede de forma anticipada a la ejecución cuando se presente uno de los siguientes eventos:

- 1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- 2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- 3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
- 4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.<sup>80</sup>

Es posible continuar con la ejecución del contrato, aun con el advenimiento de las causales mencionadas, si en el caso de los numerales 2 y 3 se mantiene la obligación con el garante de la misma. De acuerdo con el contenido de la norma, frente al concordato de acreedores no habrá lugar a la terminación unilateral del contrato, sino que el proceso deberá tramitarse por la vía de este y disponer las medidas pertinentes de inspección y control para asegurar el cumplimiento del objeto contractual en la mayor brevedad posible y sin incurrir en dilaciones injustificadas. Esta, al igual que las cláusulas de interpretación y modificación unilateral del contrato, proceden toda vez que no haya sido posible llegar a un acuerdo con entre las partes y deberán encontrarse notificadas mediante acto debidamente motivado.<sup>81</sup>

Por su parte, la caducidad es concebida como:

[...] la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las

79 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-949 de 5 de septiembre de 2001*, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

80 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 17.

81 Luis Alfonso Rico Puerta, *Teoría general y práctica de la contratación estatal* (Bogotá: Leyer, 2007), 1498.

## •Contratación estatal•

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.<sup>82</sup>

Frente a la oportunidad para su declaración, ha reiterado el Consejo de Estado: [...] sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre vigente y no durante la etapa de liquidación, habida cuenta que una vez fenecido el plazo convenido no se acompasa con la finalidad y sentido de esta medida excepcional que debe ser de interpretación restrictiva.<sup>83</sup>

Para su declaración, es necesario seguir el procedimiento definido en el Artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

La reversión implica 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”.<sup>84</sup> Esta constituye un elemento de la esencia del contrato, aunque no se pacte y es señalada por la doctrina como:

82 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 18.

83 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 25000-23-26-000-2000-02151-01(26705)*, *Sentencia de 26 de junio 2014*, C. P. Ramiro Pazos Guerrero. En igual sentido, puede verse Pedro Lamprea Rodríguez, *Contratos estatales* (Bogotá: Temis, 2007); Benjamín Herrera Barbosa, *Contratos públicos* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003).

84 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 19.

La Corte Constitucional declaró la norma ajustada a la Constitución, al afirmar que: “A juicio de la Corte, al expedir las normas demandadas el legislador actuó dentro del ámbito de configuración constitucionalmente permitido. La decisión de excluir de la reversión los bienes afectos al servicio de telecomunicaciones, para ordenar sólo la devolución de las frecuencias radioeléctricas, en principio persigue un fin legítimo en tanto puede incentivar la participación en los procesos licitatorios. En este sentido, el legislador consideró más atractivo para los inversionistas participar a sabiendas de que se van a conservar los bienes destinados al servicio; e igualmente valoró el efecto económico a favor del Estado, en la medida en que los oferentes ya no podrán aducir que el Estado obtendrá el beneficio final de la entrega de los bienes comprometidos en el servicio, lo que eventualmente contribuiría a una mayor libertad de competencia y una mejor prestación del servicio. Sin embargo, el Tribunal advirtió que la exequibilidad del enunciado legal comporta una posibilidad interpretativa contraria a la Constitución. Si bien es cierto que la reversión, tal y como es regulada en las normas demandadas, es en principio constitucional, no lo es una interpretación de las mismas en el sentido de que autorizan modificar las cláusulas de reversión pactadas en los contratos de concesión suscritos antes de su entrada en vigencia, para entender que sólo revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas, con exclusión de los demás elementos y bienes directamente afectados a la prestación

[...] una cláusula contractual propia de los contratos de concesión administrativa, en virtud de la cual el particular se obliga a favor de la administración pública a entregarle, a título de propiedad, sin que exista, deber de erogación de ninguna clase por parte de ésta, todos los elementos, bienes y elementos que se encuentran afectados a la explotación del bien o del servicio entregado en concesión por la administración respecto de los cuales se haya producido la amortización y también a devolverle los bienes recibidos de la administración a título de mera tenencia, junto con las mejoras incorporadas a estos bienes.<sup>85</sup>

Esta opera por “ministerio de la ley como consecuencia directa de la terminación del contrato de concesión”,<sup>86</sup> sin importar la naturaleza de la terminación contractual y, dada su naturaleza como norma de orden público, su ejercicio es irrenunciable para la Administración.<sup>87</sup> Se trata de poco más que una contraprestación en beneficio de la Nación y a cargo del concesionario, en garantía del interés público.<sup>88</sup>

Respecto a las multas y a la cláusula penal, si bien no tienen su origen en la Ley 80 de 1993, se erigen como cláusulas especiales en los contratos estatales. La Ley 1150 de 2007 instituye:

.....  
del servicio. Tal interpretación permite que los particulares mantengan la titularidad de los bienes relacionados con la prestación del servicio, que de acuerdo con la ecuación financiera establecida al momento de la celebración del contrato podían ser amortizados por el concesionario durante su ejecución. De igual manera, dicha interpretación les facilitaría ostentar una posición dominante en el mercado, poniendo en riesgo el acceso en igualdad de condiciones con otros potenciales oferentes. Además, dejaría en sus manos las condiciones para asegurar la continuidad en un servicio que resulta de vital importancia en la sociedad contemporánea, en contravía de lo previsto en los artículos 1 y 75 de la Carta Política. Incluso avizó que una lectura en este sentido podría acarrear la transgresión de principios de la función administrativa como la igualdad, la imparcialidad y eventualmente la moralidad administrativa (Art. 209 CP). La Corte consideró que no es inconstitucional la reversión tal como la establecen las normas demandadas; lo que resulta inconstitucional es su interpretación en el sentido de que ellas modifican las cláusulas de reversión pactadas antes de su entrada en vigencia. En consecuencia, como los contratos celebrados con antelación a la entrada en vigencia de las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009 suponían para el Estado el derecho de propiedad sobre los bienes empleados en la concesión, de hacerse extensiva las disposiciones acusadas a esas situaciones se estarían desconociendo los derechos referidos; y por ende, desconociendo la seguridad jurídica en detrimento del patrimonio estatal”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-555 de 22 de agosto de 2013*, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

85 Jorge Enrique Santos Rodríguez, “La cláusula de reversión en los contratos de concesión administrativa” (ponencia presentada en las X Jornadas de derecho Administrativo. Incertidumbre en la contratación estatal, Bogotá, 11 de agosto de 2010), 469.

86 Santos Rodríguez, “La cláusula de reversión en los contratos de concesión administrativa”, 473.

87 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia de 23 de diciembre de 2005, exp. 23565*, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

88 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia de 7 de junio de 2001, exp. 166*. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.<sup>89</sup>

La cláusula penal pecuniaria y la multa contractual siempre requieren acuerdo entre las partes contratantes para que produzcan los efectos deseados y, cuando por ministerio de la ley un contrato estatal suponga la incorporación de la cláusula de caducidad, se entiende obligatoria la cláusula penal pecuniaria.

Asimismo, son elementos de relevancia del contrato estatal: el pliego de condiciones —sobre el cual volveremos más adelante— y la distribución de los riesgos previsible en el momento de la contratación.

Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.<sup>90</sup>

De lo anterior se colige que la Administración tiene la obligación de tipificar, estimar y asignar riesgos. La tipificación es la identificación de estos y la clarificación de los elementos para su configuración; la estimación es la valoración aproximada de los riesgos en términos de cuantía y la asignación es la repartición de la carga de los mismos en cabeza de una de las partes contractuales.<sup>91</sup>

El Artículo 39 de la Ley 80 y el Artículo 41 del Estatuto orgánico del presupuesto indican que los contratos estatales deben ser celebrados por escrito y, por ende:

No requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. Las Entidades Estatales establecerán las medidas que

89 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 17.

90 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 4.

91 Patricia Mier Barros, "Los riesgos, su identificación, asignación y amortización en los contratos del Estado", *Revista de Ingeniería*, núm. 32 (2010): 95-107.

demanden la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.<sup>92</sup>

Para el perfeccionamiento del contrato estatal basta con “el simple acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, acompañados de su reducción a escrito, dan lugar al perfeccionamiento del contrato estatal”,<sup>93</sup> sin embargo, de acuerdo con el Artículo 71 del Decreto 111 de 1996, se requiere el registro presupuestal para que el contrato celebrado se repunte como perfecto, así como la asignación del contrato en audiencia pública cuando se trata de licitaciones públicas.<sup>94</sup>

Por último, para la ejecución del contrato se precisa de la constitución de una póliza denominada garantía única de cumplimiento de contratos estatales, cuya finalidad es asegurar el cumplimiento del objeto contractual en caso de incumplimiento o imposibilidad por parte del contratista.<sup>95</sup>

92 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 39.

93 Héctor Santaella, “La forma del contrato estatal: algunas reflexiones sobre la incidencia del estatuto orgánico del presupuesto del perfeccionamiento de los contratos del Estado”, *Revista de Derecho Fiscal*, núm. 3 (2011): 142. En igual sentido, puede verse Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia de 27 de enero de 2000, exp. 14.935*, C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

94 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 9.

95 Andrés Ordóñez Ordóñez, “Efectividad de la garantía única de cumplimiento de contratos estatales, constituida a través de póliza de seguro de cumplimiento”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 19 (2010): 135-177.