

**TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN COMO CAUSAL DE DESEQUILIBRIO DE LA
ECUACIÓN CONTRACTUAL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO DE RISARALDA 2010-2014**

ALEJANDRA RESTREPO MARULANDA

SANDRA MILENA OSORIO GARCÍA

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PEREIRA
2014**

**TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN COMO CAUSAL DE DESEQUILIBRIO DE LA
ECUACIÓN CONTRACTUAL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO DE RISARALDA 2010-2014**

ALEJANDRA RESTREPO MARULANDA

SANDRA MILENA OSORIO GARCÍA

Mg. EDGAR AUGUSTO ARANA MONTOYA

Director de Posgrados

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO

PEREIRA

2014

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	4
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	6
2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	7
3. HIPOTESIS	8
4. JUSTIFICACION	9
5. OBJETIVOS.....	11
5.1. OBJETIVOS GENERALES	11
5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	11
6. MARCO REFERENCIAL	12
6.1 ESTADO DE ARTE.....	12
6.2 MARCO TEORICO	17
6.3 MARCO JURIDICO	41
7.METODOLOGIA DE INVESTIGACION	44
8. DESARROLLO TEMATICO	46
CAPITULO I:LAS CAUSAS Y ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE SE ESTRUCTURE LA TEORIA DE LA IMPREVISION	46
CAPITULO II: DIFERENCIA CON LA FUERZA MAYOR Y EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL	48
9.CONCLUSIONES	50
10. BIBLIOGRAFIA.....	51

1. INTRODUCCION

El presente proyecto de investigación pretende analizar la importancia que tiene la teoría de la imprevisión como causal o desequilibrio económico dentro del contrato estatal. De igual manera, bajo este marco se pretende determinar las causales de su procedencia y los elementos de su configuración y su diferencia con la fuerza mayor y el cumplimiento contractual.

La importancia del estudio radica en establecer como el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda a través de sus sentencias desarrollar y aplica la teoría de imprevisión como causal de rompimiento del equilibrio económico el contrato estatal.

Ahora bien, el manejo de los procesos que de manera usual se adelantan en las entidades estatales, se fundamentan en las disposiciones que rigen actualmente la contratación de la Administración Pública, vale decir, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y sus Decretos Reglamentarios.

Dentro de su contenido, el presente se desarrolla con el fin de facilitar y agilizar la actividad contractual al interior de la entidad, los cuales son susceptibles de mejorar y adecuar a las necesidades.

Como medida de prevención del daño antijurídico en materia contractual, se hace especial énfasis en la planeación de los procesos contractuales de la Entidad, a fin de

eliminar, en lo posible, o mitigar y controlar los riesgos que de la contratación puede originar para la Entidad, para contratistas y para terceros.

Así las cosas, se debió implementar una normatividad, que por lo menos, garantice la transparencia y la seguridad en esta materia, es decir, reduzca hasta el mínimo los índices de corrupción que imperan en éste país, también atacar la impunidad que se deriva de estas prácticas inmorales y delictuosas que menguan el patrimonio de los colombianos, lo mismo el abuso y la desviación de poder de algunos funcionarios.

De manera que el presente trabajo será una investigación eminentemente teórica, puesto que trata de analizar la teoría de la imprevisión como causal de desequilibrio de la ecuación contractual y su análisis jurisprudencial del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda según las normatividad de Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y sus Decretos Reglamentarios.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La contratación estatal tiene como finalidad colaborar en la prestación adecuada de los servicios a cargo del estado, como lo establece la Constitución Política en su Artículo 2. Ahora bien en esta investigación se pretende analizar cómo ha sido la aplicación de la teoría de la imprevisión en las sentencias del tribunal administrativo de Risaralda en los periodos comprendidos del 2010- I 2014-I.

Por otro lado, el precepto del artículo 2, constitucional, puede verse vulnerado a la hora de presentarse un desequilibrio económico en los contratos, generando como consecuencia retrasos injustificados, suspensión de la ejecución de los mismos, hasta que la administración encargada logre restablecer la ecuación financiera del contrato.

A continuación se ahondara en el origen de la teoría de la imprevisión, que según Urrejola Scolari (2003), esta tiene su origen en la jurisprudencia administrativa del consejo de estado francés, específicamente en el arret del 30 de Mayo de 1916, a favor de la Compañía de gas burdeos, en la cual según cita la doctrinante: *“se declaró que la economía del contrato queda trastornada cuando el aza del precio del carbón es tal que sobrepasa los límites extremos de los aumentos que han podido ser contemplados por las partes a la hora del otorgamiento del contrato”*(Urrjola Scolari, 2003, p. 24).

Por otro lado, según la teoría de la imprevisión, es requisito primordial que los acontecimientos extraordinario, que afecte las consecuencias del contrato, sean

imprevisibles, en otras palabras que las partes a la hora de realizar el contrato no hayan tenido ni hayan podido tener conocimiento de ellos. De allí que el Doctrinante De la Maza señalara que esta teoría debió haberse llamado “*teoría de lo imprevisible*”.

2.1 Pregunta de Investigación

La formulación del problema del presente proyecto de investigación se presenta en la siguiente pregunta:

¿Cuál ha sido la aplicación de la teoría de la imprevisión en las sentencias del Tribunal Administrativo de Risaralda durante el 2010-I 2014-I?

3. HIPÓTESIS

Afirmativa

Ha el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda en sus diferentes sentencias desarrollado y aplicado la teoría de la imprevisión como causal de rompimiento del equilibrio económico del contrato estatal.

Negativa

No ha el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda en sus diferentes sentencias desarrollado y aplicado la teoría de la imprevisión como causal de rompimiento del equilibrio económico del contrato estatal.

4. JUSTIFICACIÓN

Con el contrato estatal, se busca el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, la prestación eficiente y continua de los servicios públicos; de igual forma el particular (contratista) que colabora con la administración al cumplimiento de estos fines, tiene derecho a recibir una contraprestación y al mantenimiento del equilibrio económico surgido al momento de proponer o celebrar el contrato estatal.

No obstante, el equilibrio entre contraprestaciones originadas al momento de proponer o celebrar el contrato, se puede ver afectado durante su ejecución, por hechos externos no imputables a las partes del contrato estatal, en lo que se ha denominado la teoría de la imprevisión, situación que genera una serie de derechos al afectado y de obligaciones a cargo de la contraparte.

En este estudio, analizaremos (i) las causas y elementos necesarios para que se estructure la teoría de la imprevisión, (ii) las consecuencias que esta genera en la relación contractual a través del contrato estatal y (iii) las diferencias con la fuerza mayor y el incumplimiento contractual.

Atendiendo que el Estatuto General de Contratación Pública es un mandato de principios, no existe una norma o procedimiento de rango positivo, que desarrolle la teoría de la imprevisión, con excepción del artículo 868 del Código de Comercio, por ende este trabajo buscará desarrollar los objetivos establecidos (i) elementos para que

opere la teoría de la imprevisión (ii) consecuencias que genera en la relación contractual y (iii) diferencias con la fuerza mayor y el incumplimiento del contrato, desde un análisis jurisprudencial y doctrinario.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, consagra un conjunto de preceptos que son aplicables, en la contratación estatal, a los entes públicos. De allí que, la oferta pública abierta sea uno de los procedimientos observados para las contrataciones del Estado y otros entes públicos. Es un procedimiento de selección del contratista, que sobre la base de una previa justificación de la idoneidad ética, técnica y financiera de los intervinientes, tiende a establecer la mejor oferta, el precio más conveniente, para la adquisición o enajenación de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras.

5. OBJETIVOS

5.1 Objetivo General:

Analizar la aplicación de la teoría de la imprevisión en las sentencias dictadas por el Tribunal Administrativo de Risaralda durante el 2010-I 2014-I.

5.2 Objetivos Específicos:

- Describir los elementos para configurar la teoría de la imprevisión como causal de rompimiento de la ecuación contractual.
- Explicar las diferencias y consecuencias entre la teoría de la imprevisión, la fuerza mayor y el incumplimiento del contrato.
- Identificar la manera como el Tribunal Administrativo de Risaralda aplica la teoría de la imprevisión en los asuntos sujetos a su conocimiento.

6. MARCO REFERENCIAL

6.1 Estado de Arte

Monografía de grado titulado *“Teoría de la imprevisión”*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, 2003.

Aspectos: En esta monografía de grado se trata la Teoría de la Imprevisión, problemática que ha sido tratada y desarrollada básicamente por la doctrina, pero que no ha seguido igual evolución en la legislación chilena, ni mucho menos en la jurisprudencia chilena (al menos en la jurisprudencia judicial).

Adicionalmente, se abstrae de esta monografía el siguiente aparte considerándolo importante para el desarrollo de esta investigación:

“Riesgo Imprevisible: Esta terminología es utilizada por Badenes Gasset, quien titula su obra sobre este tema de esa forma, definiendo esta teoría como “los mecanismos correctivos o fórmulas ideadas para evitar los abusos que supondría mantener inflexiblemente la obligación contraída por el deudor, cuando circunstancias extraordinarias que no pueden razonablemente preverse, gangrenan el acto jurídico, convirtiendo la obligación en excesivamente onerosa”²³. Se refieren a ella otros autores como Altamira, Sánchez Jiménez, Hauriou, etc.. Con esta denominación se resalta el elemento imprevisible que afecta al acontecimiento, añadiendo el vocablo riesgo como idea de contingencia.

Por otro lado también encontramos el concepto de imprevisión la cual citaremos a continuación:

“Lorenzo de la Maza la define como “la doctrina jurídica (conjunto de principios de derecho debidamente fundados) que sostiene que el juez puede intervenir a petición de cualquiera de las partes, en la ejecución de la obligación, con el objeto de atenuar sus efectos, cuando, a consecuencia de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen perturbaciones graves con relación a toda una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquél llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas”.

Continúa señalando que se trata de una “teoría, tanto porque es un conjunto de principios que forman una concepción completa, con sus fundamentos, la determinación de su rol, la fijación de sus límites y de sus efectos, cuanto porque permanece aún en el campo de la teoría, es decir, no ha sido todavía unánimemente aceptada por la jurisprudencia, ni aplicada en forma constante, uniforme y general, ni consagrada permanentemente por una regla amplia en la legislación positiva”.

“De la imprevisión, porque su base es la noción de imprevisión, es decir, la falta de conocimiento o noticias que las partes tienen al formarse la obligación, de los acontecimientos posteriores que modificarán sustancialmente las condiciones generales de vida bajo las cuales se obligan”

Juan Terraza Martorell señala que “la Teoría de la Imprevisión es aquella que admite la revisión de un contrato (resolución o modificación) cuando las condiciones de ejecución se encuentran notablemente alteradas, por circunstancias que las partes no pudieron racionalmente prever en el momento de la conclusión”

Para Jorge López Santa María, la teoría de la imprevisión “estudia los supuestos bajo los cuales los jueces estarán autorizados para prescindir de la aplicación del contrato al pie de la letra, y el estudio de las soluciones posibles al desajuste producido. Estas soluciones son fundamentalmente dos: la revisión judicial de los contratos y la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida”(Urrejola Scolari, 2013, pp.32-33).

Tesis de grado titulada *“Los contratos de concesión y la ruptura del equilibrio contractual por el hecho del príncipe: Un análisis desde la óptica del Derecho Administrativo”*, elaborado por Rubén Darío Ospina Betancur, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y ciencias políticas, 2010.

Aspectos: En esta tesis de grado se profundiza sobre el contrato de concesión como mecanismo facilitador de cumplimiento de las obligaciones propias del Estado.

Artículo denominado *“La teoría de la Imprevisión como mecanismo para el restablecimiento del equilibrio económico en los contratos estatales”* elaborado por Diana Herlinda Quintero Preciado. Universidad Militar Nueva Granada, 2010.

Aspectos: En dicho artículo se destaca la teoría de la imprevisión como mecanismo para el restablecimiento del equilibrio económico en los contratos, de allí que el objeto del mismo sea establecer los orígenes del restablecimiento económico desde el punto de vista jurisprudencial y doctrinal.

A continuación se translitera el siguiente aparte:

“ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS ESTATALES

Para iniciar el estudio de la teoría de la impresión en los contratos como mecanismo para restablecer el equilibrio económico del mismo, es imperioso, en primer lugar dilucidar la noción del equilibrio económico y la finalidad de persigue el mismo.

En la doctrina francesa existen numerosas nociones de equilibrio económico o financiero del contrato, entre los que se destacan el Dr. Jean Rivero; señala en primer lugar que la función administrativa se ejerce en interés de toda la colectividad, por lo que si de este ejercicio resultase un daño para unos pocos y no se les repara, se vulneraría sus

derechos por causa de toda la colectividad; y nada justifica tal discriminación, solo la reparación de dicho perjuicio restablecer el equilibrio roto con dicho ejercicio². En conclusión nos advierte la igualdad de las cargas públicas que debe existir para todos y cada uno de los miembros de la colectividad y respeto que debe la administración al mismo, y al mismo tiempo advierte la obligación que tiene éste último en restablecerlo cuando por causas imputables a ella se rompa dicho equilibrio.”

“Por otro lado para Laudabere, advierte que el principio de igualdad en tratándose de contratación pública, se materializa en la igualdad ante las cargas publicas entre las partes, obligando a la entidad a responder sin que haya culpa de su parte³, que atendiendo a este precepto, las entidades estatales tiene la obligación de reparar el daño por la lesión que el contratista sufre en los siguientes eventos:

Por el Hecho del Príncipe: cuando la administración en ejercicio de una atribución legal afecta en forma definitiva la ecuación patrimonial del contrato y,

Teoría de la Imprevisión: son las llamadas sujeciones imprevistas que afectan el equilibrio económico inicial del contrato.

Conjuntamente Marienthof lo define de una manera práctica al establecer que es la relación formada por las partes al momento de contratar, es decir, es la equivalencia entre los derechos y las obligaciones del contratista frente a los de la administración. ⁴ Para el Manuel Mará el equilibrio económico no es más que la proporción entre las obligaciones del contratista y su remuneración. ⁵ y para el doctrinante Pino Ricci, es la conservación durante la ejecución del contrato de la correspondencia inicial de las prestaciones pactadas” (Quintero Preciado, 2010, p.5).

Tesis de grado titulado **“Equilibrio contractual, garantía estatal y utilidad del contratista en la actualidad”** elaborado por Francisco Antonio Moreno Certuche y Jhon Fredy Romero Gómez, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2012.

Aspectos: En esta investigación se ahonda en la ley 1150 de 2007, la cual reformo la ley 80 de 1993, la cual derogó la expresión “*cuya protección garantiza el Estado*”, contenida en el artículo 3° del Estatuto General de Contratación Pública, y no se explicaron los motivos para ello. Al modificar esta disposición se generaría alguna incidencia al momento suscribir contratos estatales, teniendo en cuenta que la Constitución Política y la Jurisprudencia siempre ha obligado al Estado a preservar la utilidad planificada por los contratistas como sujeto activo en los contratos estatales.

Se hace importante para esta investigación citar el siguiente aparte:

“El desequilibrio económico se basa específicamente en dos Teorías: 1) La Teoría del Hecho del Príncipe, y 2) la Teoría de la Imprevisión. Por la primera, se ha entendido el hecho de que con una decisión abstracta y general tomada por una autoridad el contratista tenga que incurrir en mayores gastos, siendo así el Estado o la entidad pública la responsable de volver a restablecer el equilibrio económico a consecuencia de tales determinaciones arbitrarias. La segunda, se comprende como el acaecimiento imprevisible de circunstancias económicas extraordinarias que rompen el equilibrio económico del contrato.”(Moreno Certuche & Romero Gómez, 2012, p.7).

Tesis de grado denominada “*La ecuación económica y financiera de los contratos estatales dentro del marco de la Ley de contratación pública, Ley 80 de 1993*”, elaborada por Lina María Cuartas Restrepo y Alba Dolly Gómez Arias, 2006, Universidad de Medellín.

Aspectos: En esta tesis se trata la problemática del rompimiento de la ecuación del contrato estatal, el cual está causando actualmente controversia entre el estado y

contratistas. De allí el interés por tomar esta tesis como un referente temático debido a que de cierta forma, es congruente con el tema de la presente investigación.

A continuación citaremos el siguiente aparte:

“Principio del equilibrio económico del contrato. Es un principio que inspira el desarrollo de las prestaciones a cargo de las partes, para mantener su equivalencia en cada momento de la ejecución del contrato.

Está consagrado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, pero su influencia está en cada una de las normas del estatuto donde se toquen las obligaciones a cargo de cada una de las partes. Con dicho principio se superan las dificultades que se tenían en la aplicación del principio con base en los conceptos doctrinales que lo fundamentan en la teoría de los imprevistos.

Así también se admite legislativamente que el equilibrio económico del contrato llamado también ecuación económica contractual, se aplica a favor de las entidades públicas y que ya no se trata de una simple ayuda para colaborarle al contratista a la ejecución del contrato, sino que puede llegarse a un a asegurarle, en ciertos casos el beneficio o provecho dejado de percibir por el contratista” (Cuartas Restrepo y Gómez Arias, 2006, p.13).

6.2 Marco Teorico

Para efectos de aplicación del presente grado, se adoptan las siguientes definiciones previstas dentro de la normatividad vigente sobre contratación pública:

Subasta Inversa. (Artículo 14 del Decreto 2474 de 2008).

Se entiende por subasta inversa para la presentación de la oferta, la puja dinámica efectuada electrónicamente, mediante la cual los oferentes, durante un tiempo

determinado, ajustan su oferta respecto de aquellas variables susceptibles de ser mejoradas, con el fin de lograr el ofrecimiento que representa la mejor relación costo-beneficio para la entidad, de acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones.

Servidores públicos. (Numeral 2, artículo 2 Ley 80 de 1993).

Se denominan servidores públicos:

- Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.

- Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas.

Servicios Públicos. (Numeral 3º, artículo 2º, ley 80 de 1993).

Se denominan servicios públicos los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.

Consortio. (Artículo 7º, ley 80 de 1993).

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

Unión Temporal. (Artículo 7º, ley 80 de 1993).

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Interpretación Unilateral. (Artículo 15, ley 80 de 1993).

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.

Modificación Unilateral. (Artículo 16, ley 80 de 1993).

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.

Terminación Unilateral. (Artículo 17, ley 80 de 1993).

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

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

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

Caducidad. (Artículo 18, ley 80 de 1993).

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, 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.

Reversión. (Artículo 19, ley 80 de 1993).

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.

Ecuación Contractual. (Artículo 27, ley 80 de 1993).

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.

Selección Objetiva. (Artículo 5º, ley 1150 de 2007).

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Licitación pública. (Parágrafo, artículo 30, ley 80 de 1993).

Procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.

Selección Abreviada. (Numeral 2, artículo 2º, ley 1150 de 2007).

La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

Concurso de méritos. (Numeral 3, artículo 2º, ley 1150 de 2007).

Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto,

entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

Contrato. (Artículo 864, Código de Comercio).

El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

Contrato O Convención. (Artículo 1495, Código Civil).

Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

Forma del Contrato Estatal. (Artículo 39, ley 80 de 1993).

Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y 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.

Contenido del Contrato Estatal. (Artículo 40, ley 80 de 1993).

Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las

entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

Contrato de obra. (Numeral 1, artículo 32, ley 80 de 1993).

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

Contrato de Consultoría. (Numeral 2, artículo 32, ley 80 de 1993).

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidas a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos 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.

Contrato de prestación de servicios. (Numeral 3, artículo 32, ley 80 de 1993).

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Contrato de Concesión. (Numeral 4, artículo 32, ley 80 de 1993).

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Contrato de compraventa. (Artículo 1849, Código Civil).

La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.

Contrato de Compraventa. (Artículo 905, Código de Comercio).

La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio. Cuando el precio consista parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario.

Contrato de suministro. (Artículo 968, Código de Comercio).

El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.

Contrato de transporte. (Artículo 981, Código de Comercio).

El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario.

Contrato de arrendamiento. (Artículo 1973, Código Civil).

El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.

Comodato. (Artículo 2200 Código Civil).

El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa.

Urgencia manifiesta. (Artículo 42, ley 80 de 1993).

Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos. La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.

Formato único de hoja de vida. (Artículo 7, Decreto 1145 de 2004).

El formato único de hoja de vida es el instrumento para la obtención estandarizada de datos sobre el personal que presta sus servicios a las entidades y a los organismos del sector público, de acuerdo a la reglamentación que para el efecto establezca el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal, sice. (Artículo 3º, Decreto 3512 de 2003).

Es una herramienta de información, ordenación y control que incorpora las cifras relevantes del proceso de contratación estatal, con el fin de confrontarlas en línea y en tiempo real, con los precios de referencia incorporados en el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de acuerdo con los parámetros de codificación del Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, garantizando una contratación sin detrimento de los recursos públicos.

El sistema permitirá la interacción de los contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control, suministrando instrumentos para facilitar la contratación en línea, garantizar la selección objetiva, divulgar los procesos contractuales y facilitar un control posterior y selectivo, todo lo anterior con tecnología, eficiencia y seguridad.

Definiciones contenidas en el artículo 8º del Decreto 3512 de 2003:

Registro Único de Precios de Referencia, RUPR.

Es la base de datos que contiene los precios de referencia de los diferentes bienes y servicios de uso común o de uso **en contratos de obra** que los proveedores están en capacidad de ofrecer a la administración pública y a los particulares o entidades que manejan recursos públicos.

Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS.

Es el conjunto de códigos, identificaciones y estandarizaciones de los bienes y servicios de uso común o de uso **en contratos de obra** que la administración pública y los particulares o entidades que manejan recursos públicos pueden adquirir, estandarizados en

función de sus propiedades físicas, químicas y de uso, clasificados en códigos que permiten una identificación para cada uno de ellos.

Registro de un proveedor.

Es la actividad realizada por un proveedor para ingresar al SICE, como condición para suministrar bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra, a los organismos que conforman la administración pública y a los particulares o entidades que manejan recursos públicos.

Precio de referencia.

Es el valor monetario que los proveedores interesados en vender bienes y servicios de uso común o de uso **en contratos de obra** a la administración pública y a los particulares o entidades que manejan recursos públicos, deben registrar en el RUPR, bajo las condiciones que se establecen en el Sistema. El precio de referencia incluirá IVA y excluirá otros gravámenes.

Precio indicativo.

Es el promedio de los precios de referencia de un bien o servicio de uso común o de uso **en contratos de obra** registrados por los proveedores en el SICE.

Umbral de precios.

Es el intervalo de variación razonable del precio de contratación de un bien o servicio de uso común o de uso en contratos de obra.

Precio de oferta.

Es el valor monetario que los proveedores de bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra señalan al momento de presentar en firme a una entidad su correspondiente propuesta. El precio de oferta incluirá IVA y excluirá otros gravámenes.

Precio de compra.

Es el precio de un bien o servicio de uso común o de uso en contratos de obra pactado en el contrato, incluido el IVA y excluidos otros gravámenes.

Portal del sice.

Está constituido por una serie de recursos informáticos que les permiten a los usuarios disponer, a través de páginas web en Internet, de toda la información y servicios en tiempo real y en línea, para el cumplimiento de las funciones del SICE. Se accede vía Internet mediante la dirección: www.sice-cgr.gov.co El Portal tiene dos componentes: Uno público para el acceso de la ciudadanía en general y otro que corresponde al software aplicativo SICE de uso de los usuarios con password de ingreso.

Veeduría ciudadana. (Artículo 1º, ley 850 de 2003).

El mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no

gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público.¹

Adenda:

Documento emitido con posterioridad a la apertura de un proceso de contratación con el fin de aclarar, modificar, corregir o precisar el pliego de condiciones definitivo, razón por la cual forman parte del mismo y del proceso contractual. Estas no pueden expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene programado el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello.

Adición del contrato:

Constituye una modificación del contrato en cuanto al valor del mismo, la cual no podrá ser superior al 50% del valor inicialmente pactado. Debe constar en un documento firmado por las partes y cumplir los mismos requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato. Se predica de los contratos que se encuentran en ejecución.

Adjudicación:

Es la decisión emanada del ordenador del gasto o su delegado, por medio de la cual determina el adjudicatario del contrato, y a quien en consecuencia, corresponderá, como derecho y como obligación, la suscripción del contrato y el cumplimiento de las obligaciones allí establecidas. Esta puede desarrollarse mediante una audiencia pública.

¹ Manual de Contratación. Municipio de Tujualito

Apertura:

Fecha, hora y lugar a partir de la cual los interesados pueden conocer el pliego de condiciones y presentar propuestas, dentro de los procesos de selección objetiva que la entidad estatal decida adelantar para escoger la oferta más favorable. La apertura se da mediante acto administrativo.

Audiencia de aclaración de pliegos:

Reunión pública llevada a cabo entre la entidad, los posibles oferentes y el público en general, en la cual se revisa el contenido del pliego de condiciones definitivo, los asistentes presentan sus observaciones al mismo y la entidad da las respuestas y precisiones necesarias o fija un plazo para ello.

Audiencia de revisión de riesgos:

Es 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.²

Bienes de características técnicas uniformes y de común utilización:

Son aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con unidad organizacional de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

² Régimen de Contratación Estatal/Modalidad de Selección Abreviada, Ley 1150 de 2007, Decretos Reglamentarios 2474 de 2008 y 4444 de 2008.

Por bienes y servicios de común utilización entiéndanse aquellos generalmente requeridos por las entidades y ofrecidos masivamente en el mercado, en condiciones equivalentes para quien los solicite en términos de prestaciones mínimas y suficientes para la satisfacción de sus necesidades.

Bolsas de productos:

Son instituciones independientes que cumple la función de nexo entre las empresas y los consumidores, tienen como objetivo organizar y mantener en funcionamiento un mercado público de productos sin la presencia física de los mismos.

Catálogo único de bienes y servicios (CUBS):

Conjunto de códigos, identificaciones y estandarizaciones, entre otros, de los bienes y servicios de uso común o de uso en obras que contratan las entidades estatales para garantizar la transparencia de la actividad contractual en cumplimiento de los fines del Estado.

Certificado de disponibilidad presupuestal:

Documento que expide el encargado de presupuesto de la entidad, con el cual garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. Afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal.

Cierre:

Es el acto público mediante el cual se da por finalizada la recepción de ofertas para un proceso de selección, en el lugar, fecha y hora señalados en el pliego de condiciones.

Comisionistas:

Son profesionales expertos en la consecución y distribución de recursos, a través de ellos, las personas naturales y jurídicas pueden conocer la gama de alternativas que ofrece el mercado y recibir asesoría en la toma de decisiones.

Competencia para contratar:

Atribución legal para ordenar y dirigir la realización de convocatorias públicas mediante la implementación de modalidades de selección objetiva de contratistas y, celebrar contratos.

Declaratoria de desierta:

La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.³

³ Artículo 16 del Decreto 1. 2474 de 2008.

Parágrafo del artículo 1º de 2. la ley 589 de 2000. www.bvc.com.co/

Numeral 1 del artículo 7 de 4. la ley 80 de 1993.

Artículo 32 de la Ley 80 de 5. 1993.

Numeral 18 del artículo 25 6. de la Ley 80 de 1993.

Estudio de mercado:

Son las actividades documentadas realizadas para verificar la disponibilidad de bienes o servicios en el mercado, las condiciones en que podrían obtenerse, su precio estimado y los posibles oferentes.

Estudios y documentos previos:

Se encuentran conformados por los documentos definitivos que sirven de soporte para la elaboración de un proyecto de pliego de condiciones, mediante los cuales se analizará la conveniencia e inconveniencia del objeto a contratar con antelación a la apertura del proceso de selección, de manera que se pueda valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad.

Garantía de seriedad de la oferta:

Consiste en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura de riesgos autorizados, que tienen como finalidad respaldar la seriedad de los ofrecimientos hechos por un proponente durante un proceso de selección.

Manual de contratación:

Es un documento interno de cada entidad que tiene por objeto integrar la información básica relativa a los antecedentes, marco jurídico - administrativo, atribuciones, estructura orgánica, el objetivo y la distribución de funciones entre las diferentes dependencias en lo que tiene que ver con la gestión contractual, contribuyendo

a la orientación del personal existente y de nuevo ingreso, facilitando su incorporación a la temática contractual estatal y a la vez proporcionándole un esquema funcional de los procesos y procedimientos para seleccionar a los contratistas de la misma.

Mercado:

Es la interrelación de compradores y vendedores, que posibilitan las actividades propias tendientes al intercambio de valores y mercancías.

Modalidad de selección:

Es el procedimiento mediante el cual una entidad estatal decide adelantar la selección objetiva de un contratista. Puede ser por licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos o contratación directa.

Oferta con valor artificialmente bajo:

Es aquella que no corresponde con las condiciones objetivas del mercado y del proponente, cuyo valor es sustancialmente inferior a aquel que arrojo el estudio de mercado realizado por la entidad para establecer el presupuesto oficial de un proceso de selección.

Oferta más favorable:

La oferta más favorable es aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en el pliego de condiciones o en sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la

entidad, sin que la favorabilidad constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos.

Ordenador del gasto:

Es el Representante Legal de la entidad o el funcionario que por delegación de éste, efectuada a través de acto administrativo, está facultado para contratar en nombre de la entidad y proferir todos los actos inherentes al proceso de selección del contratista, la celebración, iniciación, ejecución, terminación y liquidación del contrato respectivo.⁴

Perfeccionamiento:

Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, éste se eleve a escrito y se expida el registro presupuestal respectivo.

Pliego de condiciones:

Documento mediante el cual la entidad detalla los requerimientos para la presentación de la propuesta, las condiciones de participación, los requisitos habilitantes, los factores de evaluación y las demás reglas del proceso de selección.

⁴ Artículo 3º del Decreto 7. 2474 de 2008.

Artículo 7º de la Ley 1150 8. de 2007.

Numeral 2º del artículo 5 de 9. la Ley 1150 de 2007.

Régimen de Contratación Estatal/Modalidad de Selección Abreviada, Ley 1150 de 2007, Decretos Reglamentarios 2474 de 2008 y 4444 de 2008.

Portal único de contratación:

El Portal Único de Contratación es la herramienta electrónica mediante la cual las entidades del Estado publican los procesos de selección objetiva de contratistas, desde la etapa precontractual hasta la finalización de la fase contractual, en cumplimiento del principio de publicidad.¹⁰

Productos de origen agropecuario:

Son los bienes y servicios de carácter homogéneo provenientes de recursos agrícolas, pecuarios, forestales y pesqueros, que no hayan sufrido procesos ulteriores que modifiquen sustancialmente sus características físicas y/o, químicas, o que, no obstante haberlos sufrido, conservan su homogeneidad así como aquellos cuya finalidad es la de ser utilizados en las actividades propias del sector agropecuario. También se consideran productos de origen o destinación agropecuaria los documentos representativos de los mismos.

Productos homogéneos:

Son aquellos respecto de los cuales existe más de un proveedor y que tienen patrones de calidad y desempeño objetivamente definidos por especificaciones usuales del mercado, de tal manera que el único factor diferenciador entre ellos lo constituye el precio por el cual se transan.

Propuesta:

Es el conjunto de documentos presentados por una persona natural o jurídica o por un grupo de estas, durante un proceso de selección de contratistas, el cual contiene sus ofrecimientos y la acreditación de los requisitos exigidos por la entidad en el pliego de condiciones.

Registro presupuestal:

Es la operación presupuestal mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que ésta no sea desviada a ningún otro fin.

Registro único de proponentes (RUP):

Es el registro en el que debe estar inscrita cualquier persona natural o jurídica que quiera contratar con el Estado.

Requisitos habilitantes:

Son aquellos exigidos por las Entidades Estatales para participar en un proceso de selección, referentes a la capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y organización de los proponentes, cuyo cumplimiento es objeto de verificación, pero no otorga puntaje. Su exigencia debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor.⁵

⁵ <http://www.contratos.gov.co>

Riesgo previsible:

Son aquellas circunstancias o hechos no imputables a las partes del contrato, que en razón a la naturaleza del mismo, son de posible ocurrencia. Pueden presentarse durante la ejecución del contrato afectando su equilibrio económico.

Sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal (SICE)

Es un sistema de información que integra todos los datos relevantes del proceso de la contratación estatal en Colombia, permitiendo su autorregulación, control institucional y publicidad de las operaciones.⁶

Sistema electrónico para la contratación pública (SECOP):

Instrumento de apoyo a la gestión contractual de las entidades estatales, que permitirá la interacción de las entidades contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control a través de la articulación de los servicios electrónicos ofrecidos por el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE) y los sistemas de información relacionados con la contratación pública que se encuentren a cargo del Gobierno Nacional. El SECOP tiene como objetivo dar uniformidad a la información sobre la contratación pública.

Subsanabilidad:

⁶ <http://www.sice-cgr.gov.co>14. /

Criterio según el cual en todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal y en consecuencia la Entidad no podrá rechazar una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos en el pliego de condiciones. Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la Entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que se establezca en el pliego de condiciones definitivo.

Veeduría ciudadana:

Es el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer la vigilancia sobre el proceso de la gestión pública, frente a las autoridades: administrativas, políticas, judiciales, electorales y legislativas, así como la convocatoria de las entidades públicas o privadas encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público.

6.3 Marco Jurídico

Desde un principio la legislación se preocupó por regular la escogencia de contratistas y algunas cláusulas de los contratos estatales, pero sin pretender sustituir el ordenamiento general de los contratos, los códigos Civil y de Comercio, ni modificar lo

relacionado con el nacimiento, perfeccionamiento, vida y muerte de los acuerdos de voluntad en aquellos estatutos contenidos.

Es por lo anterior que, puede presentarse el Código Fiscal de 1873 que ya regulaba la institución de la caducidad, forma atípica de poner fin a varios de los contratos del Estado; la Ley 53 de 1909, que reitera esta facultad y que consagra algunas exigencias administrativas; la Ley 110 de 1912, Código Fiscal Nacional que se refiere a la licitación o concurso como procedimiento de selección de contratistas y a sus excepciones; la Ley 130 de 1913, nuestro primer estatuto procesal contencioso administrativo que ratifica el concepto de actos de mero derecho privado de los contratos; la Ley 105 de 1931, que entrega el conocimiento de las controversias contractuales a la justicia común; y la Ley 167 de 1941, que reitera lo referente a la cláusula de caducidad y a la revisión administrativa de los contratos del Estado por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa y deja en manos del juez ordinario el conocimiento del contrato y sus controversias.

Así también a esta normatividad podrían agregarse el Decreto 19 de 2012, “por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”

Ley 80 de 1993

Ley 1150 del 2007

El artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto le da este carácter al registro presupuestal. Según esta norma, todo acto administrativo que afecte el presupuesto deberá contar con certificado de disponibilidad previo e igualmente contará con registro presupuestal para que los recursos que financian el acto no sean desviados. El registro exige indicación del valor y el plazo. Esta operación, según el artículo citado es requisito de perfeccionamiento de los actos administrativos. Dado que su cumplimiento se da previa reunión de los demás requisitos, puede considerarse que es por su importancia el acto de perfeccionamiento del contrato.

Con el fin de determinar las fases de la contratación Estatal se entrara a profundizar los siguientes conceptos:

- Principios de la Contratación
- Licitación Pública
- Selección Abreviada
- Concurso de Méritos
- Contratación Directa

7. METODOLOGIA DE INVESTIGACION

7.1 Enfoque.

Investigación Jurídica, teniendo en cuenta que este proyecto investigativo se basa en su integridad en conocimientos legales administrativos de las fases de la contratación Estatal toda la información obtenida será objeto de análisis con el fin de obtener los resultados esperados y ofrecer a los lectores claridad sobre el tema investigado.

7.2 Tipo de investigación. Descriptiva.

En virtud a que se determinará el alcance de los parámetros de contratación estatal en Colombia.

7.3 Método de investigación.

Análisis y Síntesis, toda vez que se pretende efectuar un análisis y estudio riguroso sobre el concepto de contratación estatal observando su contenido desde el punto de vista legal, doctrinal y jurisprudencial, dado que se parte de un análisis lógico, descomponiendo el objeto a investigar.

7.4 Fuentes, Técnicas E Instrumentos De Recolección De La Investigación

7.4.1 Fuentes secundarias. Usaremos información proveniente de textos.

7.4.2 Fuentes primarias. Comprenderán como fuentes técnicas: El Examen de contenido de textos de normatividad vigente.

7.4.3 Investigación. Cualitativa

7.4.4 Talento humano, recursos técnicos y financieros.

En virtud a que este proyecto de investigación estará basado en el análisis de información recolectada, no requiere de una base presupuestal ni financiera.

8. DESARROLLO TEMATICO

CAPITULO I: LAS CAUSAS Y ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE SE ESTRUCTURA LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Las causales y elementos necesarios para que se estructure la teoría de la imprevisión, según lo establece el numeral 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 los hechos imprevistos que surjan durante la ejecución del contrato y que afecte la ecuación financiera del contrato, este deberá ser restablecido a la parte afectada.

Por ende, podría afirmarse que la imprevisión es todo acontecimiento futuro que surge durante la ejecución del contrato que, sin hacer imposible el cumplimiento de la obligación contractual, la hace excesivamente dispendiosa para una de las partes.

Sin embargo, es altivo estipular que para que proceda la teoría de la imprevisión debe existir equivalencia de las prestaciones a cargo de cada parte contratante en el momento de la celebración del contrato, equivalencia que es destruida por acontecimientos posteriores e imprevisibles por las partes.

A continuación se enunciaran las causales de procedencia según el concejo de estado:

- *La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato.*

- *Que no fuese razonablemente previsible por los contratantes al momento de la celebración del contrato*
- *Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato*

**CAPITULO II: DIFERENCIAS CON LA FUERZA MAYOR Y EL
INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.**

FUERZA MAYOR	INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL
Ley 95 de 1980 en el Art. 90	
<p>Se le denomina fuerza mayor ó caso fortuito, el imprevisto á que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”.</p> <p>Generalmente este libera a una o a todas las partes de un contrato, de pagar o responder por daños causados por el incumplimiento de una obligación, originado en un hecho constitutivo de fuerza mayor o causa fortuita.</p> <p>Es primordial no confundir la fuerza mayor o caso fortuito con la negligencia o la incompetencia, debido a que sólo se puede considerar fuerza mayor y caso fortuito a aquellos hechos a los que no es posible resistirse o que no es posible advertir o preverse.⁷</p>	<p><i>El incumplimiento contractual puede revestir las siguientes formas: el no cumplimiento de las obligaciones; la mora o falta de cumplimiento de la obligación en el plazo estipulado y el cumplimiento defectuoso de la obligación, como cuando la conducta se dirige a ejecutar la prestación que constituye el objeto de la obligación pero no se logrará la extinción de ésta, porque la ejecución de la obligación no se ajusta a los parámetros y condiciones exigidas por el contrato, la ley o la buena fe para la satisfacción del interés público y el incumplimiento definitivo de la obligación que la doctrina encuadra dentro de tres situaciones i) por la imposibilidad sobrevenida de la prestación objetiva y absoluta ii) la imposibilidad relativa por expiración del plazo contractual con frustración del fin</i></p>

⁷ <http://www.gerencie.com/fuerza-mayor-o-caso-fortuito.html>

	<p><i>del interés público del contrato y iii) por la decisión inequívoca de la administración de no ejecutar el objeto contractual.</i></p>
--	---

9. CONCLUSIONES

- A modo de conclusión la teoría de la imprevisión se establece cuando por hechos imprevisibles posteriores a la presentación de la oferta y la suscripción del contrato, lo cual conlleva al desequilibrio económico a alguna de las partes.
- Adicionalmente, la teoría de la imprevisión solo aplica para los contratos de tracto sucesivo como es el de consultoría, por situaciones ajenas a la voluntad de las partes, pero debe ser debidamente demostrada para que proceda el restablecimiento económico del contrato.
- Por último la teoría de la imprevisión es una institución jurídica mediante su aplicación se da plena vigencia al interés general en la medida en que se logra una prestación continua y eficiente de los servicios públicos, pues ante situaciones que permitan dar aplicación a la teoría de la imprevisión, es obligación del cocontratante particular continuar con la ejecución cabal del contrato, obviamente con el derecho a que la administración lo lleve a un punto de no pérdida, mediante el pago de una compensación que equivalga al mayor costo.

10. BIBLIOGRAFIA

Cuartas Restrepo, Lina María & Gómez Arias, Alba Dolly (2006). *La Ecuación económica y financiera de los contratos estatales dentro del marco de la Ley de contratación pública, Ley 80 de 1993*. Medellín: Universidad de Medellín, Especialización en gerencia de construcciones. Recuperado de <http://cdigital.udem.edu.co/TESIS/CD-ROM24172006/02.Texto%20completo.pdf>

Quintero Preciado, Diana Herlinda (2010). *La teoría de la imprevisión como mecanismo para el establecimiento del equilibrio económico en los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de <http://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/3733>

Moreno Certuche, Francisco Antonio & Romero Gómez, Jhon Fredy (2012). *Equilibrio contractual, garantía estatal y utilidad del contratista en la actualidad*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de <http://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/9230>

Ospina Betancur, Rubén Darío (2010). *Los contratos de concesión y la ruptura del equilibrio contractual por el hecho del príncipe: Un análisis desde la óptica del derecho administrativo*. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de derecho y ciencias políticas. Recuperado de <http://mitra.udea.edu.co/~prueba/archivos/proyectos/proyecto291.pdf>

Urrejola Scolari, Bárbara (2003). *Teoría de la Imprevisión*. Chile, Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado.

Normativa

Ley 1150 de 2007.

Ley 589 de 2000.

Ley 589 de 2000.

Ley 80 de 5. 1993.

Decreto 7. 2474 de 2008.

Decreto 4444 de 2008.

Decreto 1. 2474 de 2008.

Webgrafía

<https://www.grupohelm.com/sites/default/files/IncumplimientoDeContratos.pdf>

<http://noticias.juridicas.com/juris/439-el-ts-establece-los-requisitos-para-apreciar-que-un-incumplimiento-contractual-puede-considerarse-esencial-y-justificar-su-resolucion.html>

http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/pregrados/documentos/preparatorios/guia_civil_II.pdf

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/11.pdf>

<http://www.contratos.gov.co>

<http://www.sice-cgr.gov.co>

<http://www.gerencie.com/fuerza-mayor-o-caso-fortuito.html>

www.bvc.com.co

ANEXOS A:

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ

Bogotá, D. C., nueve (9) de junio de dos mil cinco (2005)

Radicación número: 66001-23-31-000-1995-02930-01(14291)

Actor: SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTES PEREIRA S.A.

Demandado: JOSE OVIDIO ECHEVERRI GUTIERREZ

Los alegatos de conclusión

Practicadas las pruebas decretadas y fracasada la audiencia de conciliación, se corrió traslado a las partes para alegar, y al representante del Ministerio Público para que rindiera concepto. Dentro del término respectivo, sólo intervino éste último, quien solicitó acceder a las súplicas de la demanda. Consideró, con fundamento en el dictamen pericial rendido en el proceso, que la teoría de la imprevisión “encaja perfectamente” en el caso concreto, dado que se produjo el rompimiento de la igualdad entre el contratista y la contratante (folios 180 a 182, 189, 191 a 198 y 200 a 204).

4. La sentencia apelada

El Tribunal de Risaralda resolvió el proceso en primera instancia, en la forma indicada en la parte inicial de esta providencia (folios 205 a 215).

Citó los artículos 868 del C. de Co. y 27 de la Ley 80 de 1993, y, con base en las conclusiones obtenidas por los peritos, concluyó que, en este caso, sucedieron “acontecimientos ajenos a las partes que han traído como consecuencia un desequilibrio financiero en el contrato”. En efecto, “la zona donde funciona la estación de servicios El Terminal era de muy baja afluencia en el aspecto físico, económico, social y administrativo, para la época en que se firmó el contrato”, mientras que, ahora, obró un crecimiento urbanístico y se multiplicaron las actividades comerciales en todo sentido, además de haberse valorado la tierra en dicho sector”.

Se refirió, además, al rendimiento generado por la estación de gasolina, y, al relacionarlo con el canon cancelado, observó que “existe un desajuste o diferencia monetaria abismal”, dado que la cantidad pagada corresponde, en realidad, al arrendamiento de “un modesto apartamento”.

En relación con algunas de las objeciones por error grave formuladas contra el dictamen, consideró que son inocuas, teniendo en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 4º, numeral 3, de la Ley 80, los ajustes deben reconocerse a partir de la presentación de la demanda. Sobre otras, expresó que carecen de fundamento y agregó que el nuevo peritazgo “se limitó a transcribir las cantidades dadas en la

demanda” y, en nada solucionó las inquietudes de las partes, que, en todo caso, de haberlas resuelto, “en su mayoría hubieran (sic) quedado desechadas por el no reconocimiento de incremento con anterioridad a la presentación de la demanda”.

Régimen jurídico y naturaleza del contrato celebrado:

Observa la Sala que, como se desprende de la escritura pública citada en el numeral 1.2. de estas consideraciones, la sociedad Terminal de Transportes de Pereira tenía una participación del Estado del 94.22%, el 22 de enero de 1984, situación que no se había modificado en la fecha de celebración del contrato, esto es, el 25 de julio de 1986. Por esa razón, conforme a lo dispuesto por el artículo 1º, inciso tercero, del Decreto 222 de 1983, a dicha sociedad le eran aplicables sus disposiciones sobre los contratos de obras públicas.

Por otra parte, como se ha expresado, el contrato celebrado entre las partes del proceso fue denominado “CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ESTACIÓN DE SERVICIO TERMINAL”, y en su cláusula primera se estipuló que su objeto consistía en la entrega de un lote en arrendamiento, por parte de la sociedad Terminal de Transportes de Pereira S.A., al señor Ovidio Echeverri. Adicionalmente, en la cláusula tercera, se previó que el canon de arrendamiento mensual sería de \$125.000.00, y que sería incrementado anualmente en un 10%.

Sin embargo, en la misma cláusula primera, se expresó que en el lote debía adelantarse la construcción de una estación de servicio, y en la cláusula séptima se dispuso que el valor de la misma sería sufragado por ovidio Echeverri. Se estipuló, además, que las mejoras construidas serían de propiedad de éste último, durante el tiempo de duración del contrato, y que, a su terminación, pasarían a ser de propiedad de Terminal de Transportes S.A., la cual no estaría obligada a reconocer suma alguna por ese concepto. Se exceptuaron, únicamente, los surtidores y avisos, que serían entregados por CODIMOBIL a Echeverri en comodato, y devueltos a aquélla posteriormente.

Así las cosas, resulta evidente para esta Sala que el contrato celebrado no correspondía a la descripción típica del arrendamiento, en cuanto su objeto no era la concesión del goce del inmueble, sino la construcción de una obra pública, por el sistema de concesión. En efecto, el señor Ovidio Echeverri se obligó a construir una estación de servicio, destinada a la comercialización de derivados del petróleo, a cambio de una remuneración que, en el caso concreto, sin bien ello no se hizo explícito, consistió en el derecho a cobrar las tarifas respectivas a los usuarios de la misma estación, por el término de 12 años, y con la obligación de entregar a la entidad pública, a su vencimiento, la obra construida.

Al respecto, debe precisarse que no cabe duda alguna de que la construcción de la estación de servicio constituía una típica obra pública, ya que la misma estaba destinada a la prestación de un servicio público. En efecto, conforme al artículo 212 del Decreto 1056 del 20 de abril de 1953, por el cual se expidió el Código de Petróleos, el transporte y la distribución del petróleo y sus derivados constituyen un servicio público. En el mismo sentido, el artículo 1º de la Ley 39 de 1987 dispone que la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo tiene tal carácter.

Se concluye, entonces, que el contrato que ocupa a la Sala, en el presente caso, debía regirse por los artículos 81 y siguientes del Decreto 222 de 1983, que regulaban el contrato de obra pública, y, especialmente, por los artículos 102 a 104 del mismo decreto, que se referían a los contratos de obra pública por el sistema de concesión. Se observa, además, que la cláusula contenida dicho contrato, referida a la determinación de los bienes que, sin reconocimiento de indemnización alguna, debían pasar a ser propiedad de la entidad contratante, a la terminación del contrato por vencimiento del plazo, constituye una de las estipulaciones obligatorias expresamente previstas en el artículo 104 citado para el último contrato mencionado. Por lo demás, la previsión referida al aplazamiento del inicio del contrato y, por lo tanto, del surgimiento de la obligación de pagar el primer “canon” muestra claramente que no se estaba remunerando el goce del bien, cuya entrega, en cambio, no se condicionó de ninguna manera.

2. La teoría del equilibrio financiero del contrato estatal:

Solicita la sociedad Terminal de Transportes de Pereira S.A. que se declare que “existieron y siguen existiendo” circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato celebrado con el señor José Ovidio Echeverri Gutiérrez, “que están alterando las bases del mismo y que han desestabilizado el equilibrio prestacional económico” para dicha sociedad. Pide, en consecuencia, que se ordenen los reajustes que indique la equidad en los “cánones”. Funda sus pretensiones en la aplicación de la teoría de la imprevisión, regulada en el Código de Comercio.

Resulta necesario, entonces, precisar los elementos que configuran esta teoría, para lo cual se considera pertinente reiterar los siguientes planteamientos efectuados en la sentencia de esta Sala del 26 de febrero del presente año⁸, en relación con el concepto de equilibrio contractual y los eventos que lo determinan:

“1. Para establecer el contenido del concepto “Equilibrio” cabe tener en cuenta lo que motiva a cada uno de los sujetos de la relación jurídico comercial derivada del contrato estatal; para el Estado, desarrollar los fines que nuestro sistema jurídico le atribuyó fundamentalmente la satisfacción del interés público; para el particular, obtener un lucro personal.

El contrato estatal debe entonces colmar las expectativas de uno y otro cocontratante, para lo cual se ha previsto la conservación de la ecuación financiera del contrato existente a la fecha en que surge la relación jurídico comercial.

Por virtud de la mentada ecuación, se pretende que la correspondencia existente entre las prestaciones correlativas que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcancen la finalidad esperada con el contrato.

⁸ Radicación: 25000-23-26-000-1991-07391-01. Actor: Sociedad Viviendas y Construcciones de Hormigón Armado Ltda. Hora Ltda.

Cuando las condiciones económicas pactadas a la celebración del contrato, se alteran en perjuicio de una de las partes cocontratantes, a consecuencia de hechos que no le son imputables y que ocurren con posterioridad a la celebración del mismo, surge el deber de reparar la ecuación financiera del contrato.

Los hechos determinantes del rompimiento de la ecuación financiera del contrato son: el hecho del príncipe, los actos particulares de la administración en ejercicio de la potestad de dirección y control (particularmente del ius variandi) y los factores sobrevinientes y exógenos a las partes del negocio.⁹

(...)

Resulta ilustrativo tener en cuenta lo manifestado por la doctrina al respecto:

“ si el cocontratante debe soportar, como en todo contrato, el riesgo normal propio de cualquier negocio, no debe cargar con un riesgo anormal, que lo privaría de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiera podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta inicialmente.

El fundamento jurídico de este derecho reconocido al cocontratante particular, sin perjuicio de las disposiciones constitucionales o legales que en cada país puedan darle sustento, se encuentra en el hecho de que teniendo en cuenta los fines de interés público que dan lugar a la contratación administrativa, y el rol que en ella tiene aquél al constituirse en un colaborador activo para el logro de dichos fines, resulta justo que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable, de modo que el particular no sea indebidamente sacrificado en aras de una finalidad cuya atención corresponde prioritariamente a la administración pública.

(...)

La ecuación económico - financiera del contrato puede verse afectada, según se sostiene comúnmente, por tres causas fundamentales:

“1) Por causas imputables a la administración pública, cuando ésta no cumple en la forma debida las obligaciones que el contrato puso a su cargo o cuando introduce modificaciones que las afectan. Estamos frente a supuestos que generan responsabilidad para la administración y a los cuales nos referimos en este mismo capítulo.

2) Por causas imputables al Estado, incluida, como es obvio, la misma administración pública, y cuyos efectos inciden o pueden incidir en el contrato

⁹ A este respecto puede consultarse la sentencia proferida el 29 de abril de 1999; expediente 14855.

administrativo. Estos supuestos son tratados, por lo general, dentro de la llamada teoría del 'hecho del príncipe'...

3) Por causas no imputables al Estado, que son externas al contrato y que sin embargo alteran su economía general, por incidir en él. Estos supuestos son tratados dentro de la "teoría de la imprevisión"¹⁰

El estatuto aplicable al contrato del que deriva el litigio objeto de este proceso, es el vigente al momento de su celebración, esto es, el decreto ley 222 de 1983 que, si bien no reguló ampliamente lo relativo a la ecuación financiera del contrato estatal, contiene algunas disposiciones que permiten inferir su consagración legal, tales como los artículos 19 y 20, que establecen los poderes exorbitantes de terminación y modificación unilateral de los contratos, para la administración, cuyo ejercicio se condicionó a la debida protección de los intereses económicos del contratista, otorgándole, en el primer caso, el derecho a una indemnización y, en el segundo, el derecho a conservar las condiciones económicas inicialmente pactadas.

Se sujetó la modificación unilateral del contrato a la observancia, entre otras, de las siguientes reglas:

"...c) Deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista. d) Debe guardarse el equilibrio financiero del contrato para ambas partes. e) Deben reconocerse al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación".

De igual manera, determinó la posibilidad para el contratista de no continuar con la ejecución del contrato, cuando la modificación unilateral variara en más del 20% el precio inicialmente pactado.

Se tiene así que, en el decreto ley 222 de 1983 se incluyeron disposiciones orientadas a la conservación de la ecuación financiera del contrato en beneficio de las partes contratantes y particularmente frente a actuaciones legítimas de la administración.

También se previeron eventos determinados por hechos exógenos a las partes, cuando se reguló la revisión de precios para los contratos de obra pública, consultoría y suministro. (arts. 86, 113). El reajuste de los contratos se dispuso respecto de los contratos de tracto sucesivo, puesto que estos eran vulnerables frente al fenómeno inflacionario". (Se subraya).

En el mismo fallo, en relación con la teoría de la imprevisión, como uno de los eventos concretos que dan lugar a la ruptura del equilibrio financiero del contrato, se expresó lo siguiente:

"3.1 . La teoría de la imprevisión.

¹⁰ Escola, Hector Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen II 1979, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina; págs. 453 y 454.

Se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del contrato en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución.

Según Riveró: “Para que la teoría se aplique se requieren tres condiciones: - los cocontratantes no ha podido razonablemente prever los hechos que transtornan la situación, dado su carácter excepcional (guerra, crisis económica grave) - Estos hechos deben ser independientes de su voluntad. - Deben provocar un trastorno en las condiciones de ejecución del contrato. La desaparición del beneficio del cocontratante, la existencia de un déficit, no son suficientes: hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido y debido razonablemente prever.”¹¹

Resulta, entonces, procedente su aplicación cuando se cumplen las siguientes condiciones¹²:

- a) La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato.
- b) Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato.
- c) Que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato.

Respecto del primer supuesto cabe precisar que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que la diferencian del hecho del príncipe, que es imputable a la entidad.

En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia de la imprevisión que la misma sea extraordinaria y anormal, supone “que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever. (...) Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto lo que se deja de ganar no es nunca un álea extraordinario; es siempre un

¹¹ Jean Riveró, Derecho Administrativo, Traducción de la 9ª edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pág. 142.

¹² En este sentido se pronunció la Sala en sentencia proferida el 29 de mayo de 2003; expediente 14577.

álea normal que debe permanecer a cargo del contratante¹³ (Subraya la Sala)

Y, en relación con la imprevisibilidad del hecho, cabe precisar que si el hecho era razonablemente previsible, no procede la aplicación de la teoría toda vez que estaríamos en presencia de un hecho imputable a la impericia, negligencia o falta de diligencia de las partes contratantes, que por lo mismo hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna, toda vez que a nadie le es dable alegar su propia culpa en beneficio propio.

Resulta ilustrativo conocer la explicación de cada uno de los anteriores supuestos dada por Escola:

“Es condición exigida para que la teoría de la imprevisión proceda, tal como es aceptada en el derecho administrativo, que se esté en presencia de un contrato administrativo stricto sensu. Sólo relaciones contractuales de esta naturaleza podrían generar ese efecto, pero, al mismo tiempo, también se acepta que la imprevisión tiene vigencia en todo contrato administrativo, cualquiera que sea su clase, y sin que se requiera la existencia de normas legales o convencionales que le den cabida. Su aplicación responde a un principio general del derecho administrativo.

El hecho que da lugar a la imprevisión no debe ser - valga el concepto - previsible, es decir, debe ser un acontecimiento razonablemente imprevisible, bastando a este objeto que la imprevisibilidad sea aplicable a las consecuencias del acto, y no a éste en sí mismo. El hecho, además, debe tener efecto sobre los aspectos económico - financieros del contrato, que perjudiquen al cocontratante en las condiciones que exige la teoría en cuestión.

El evento invocado debe producir una perturbación suficientemente profunda en el equilibrio económico - financiero del contrato, de modo tal que se evidencie que se está ante un alea contractual anormal, que excede los cálculos que las partes pudieron hacer al contratar y que incluyen, normalmente, el alea común a toda negociación, que el cocontratante particular está obligado a tomar a su cargo.

Debe existir una íntima correlación, una relación directa, entre el hecho alegado y el trastorno producido en la ejecución del contrato, estando a cargo del cocontratante la prueba de esa relación.

Asimismo, para que un hecho determinado pueda dar lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, es preciso que ese hecho haya sido independiente de la voluntad de las partes contratantes, o por lo menos de la del cocontratante particular, puesto que éste no podría invocarlo si lo ha provocado o si no ha hecho lo que podía y debía hacer para evitarlo.

¹³ Jeze Gastón, Principios Generales del Derecho Administrativo, Traducción directa de la tercera edición francesa; Editorial de Palma, Buenos Aires, 1950; tomo V, págs. 51, 52,

El trastorno o perturbación del contrato no debe ser definitivo, sino, al contrario, temporal o transitorio, ya que si así no fuera no habría motivo para que el cocontratante reclamara la ayuda de su contraparte, que es admisible sólo para continuar la ejecución del contrato. Correlativamente, debe estarse en presencia de un contrato administrativo ya en curso de ejecución, puesto que debe ser posterior a su celebración, y cuyas prestaciones no estén enteramente concluidas, que en este último caso no habría interés en “ayudar” a la ejecución de un contrato ya cumplido.

Por lo general, la teoría de la imprevisión es aplicable a los contratos administrativos de cierta duración, que den lugar a prestaciones sucesivas o múltiples u obligaciones a término. Pero ello no excluye que también pueda aplicársela a contratos de cumplimiento inmediato, si las circunstancias hicieran equitativa su vigencia.

Finalmente, es indispensable que el cocontratante particular, a pesar del trastorno producido, no haya suspendido por sí la ejecución del contrato. Si la imprevisión busca una ayuda al cocontratante para que éste no interrumpa el cumplimiento de sus obligaciones, y si aquél debe actuar como un colaborador de la administración pública, este requisito es de importancia trascendental, pues da razón a ese apoyo económico. La imprevisión, en consecuencia, impone la obligación de continuar con la ejecución del contrato, para abrir en favor del cocontratante particular el derecho a una indemnización.

(...) Debe tenerse presente que la aplicación de la teoría de la imprevisión, a diferencia de lo que ocurre en los casos en que procede la teoría del hecho del príncipe, no importa el derecho del cocontratante a una compensación completa, integral, sino a la que sea necesario otorgarle a fin de asegurar la ejecución del contrato y en la medida en que lo sea. Esta es la regla general que habrá de hacerse prevalecer en todos los casos.”¹⁴

Cuando se demuestra la ocurrencia del hecho imprevisible, posterior a la celebración del contrato, determinante del rompimiento anormal y extraordinario de la economía del contrato, surge el deber de compensar al cocontratante afectado el desmedro sufrido.

Dicho en otras palabras, sólo nace el deber legal de llevar al contratista a un punto de no pérdida, no surge la obligación de reparar la integridad de los perjuicios. Según Riveró: “A diferencia de lo que ocurre en la teoría del príncipe, esta indemnización no es nunca igual a la totalidad de las pérdidas sufridas, o carga extracontractual”; para Bercaitz, el contratista afectado tiene derecho a reclamar “sólo un aumento de su contraprestación”¹⁵ y, para Jeze, “La teoría de la imprevisión tiene por finalidad hacer participar a la Administración, en cierta

¹⁴ Escola, Hector Jorge; ob. cit., pág. 463 y 464.

¹⁵ Bercaitz, Miguel Angel. Teoría General de los Contratos Administrativos. Segunda edición Ediciones De Palma. Buenos Aires, 1980; pág. 153.

medida y temporariamente, en las pérdidas experimentadas por el contratante. No tiende a reparar un daño. Nunca conduce a mantener el beneficio del contratante, ni aún a preservarlo de cualquier pérdida. El hecho del príncipe, en cambio, tiene por resultado, cuando influye sobre la situación económica del contratante, otorgar a éste el derecho de exigir la reparación definitiva del perjuicio causado por la Administración, en forma de un suplemento de precio; la equidad exige que el contratante no sufra una pérdida, ni aún una disminución de sus beneficios, a raíz del hecho de la Administración.”¹⁶ (Se subraya).

Debe agregarse a lo anterior que, no obstante la referencia que se hace generalmente a la aplicación de la teoría de la imprevisión cuando se produce el rompimiento del equilibrio económico del contrato en desmedro del contratista, esta teoría opera cuando se verifican los presupuestos de la misma respecto de cualquiera de los cocontratantes. Bien puede suceder, entonces, que el hecho externo e imprevisible genere una modificación anormal de las condiciones económicas del contrato para la entidad pública contratante, como se alega en el caso que ocupa a esta Sala, y, tratándose de un principio general del derecho administrativo, como lo expresa Escola en el texto citado, resultará aplicable, igualmente, la teoría de la imprevisión y, probados sus elementos, habrá lugar a disponer el restablecimiento del equilibrio.

Esta situación fue reconocida expresamente por la Ley 80 de 1993, que, en su artículo 27, expresó, respecto de la ecuación contractual, que en los contratos estatales debe mantenerse la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, y que, si esa 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. De manera especial, además, el artículo 4º, numeral 3, de la misma ley establece que, para la consecución de los fines de la contratación estatal, las entidades estatales “[s]olicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato”.

3. La procedencia de la aplicación de la teoría de la imprevisión en el caso concreto:

La sociedad demandante solicitó el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato con fundamento en que, durante su ejecución, se presentaron eventos imprevisibles, externos y anormales, que alteraron gravemente la economía del mismo en perjuicio suyo.

3.1. Indicó, en primer lugar, que en el contrato se pactó que el cobro del “canon” dependería de la aprobación de las licencias de construcción y funcionamiento requeridas, y ello dependía, a su vez, de que CODIMOBIL prestara toda su diligencia y colaboración para obtenerlas. Resultó, sin embargo, que tal aprobación se demoró tres años, lo que, en su opinión, constituye una circunstancia imprevista que implicó que el primer “canon”, con base en el cual se calculó el aumento del año siguiente, empezara a pagarse en julio de 1989, produciéndose un desfase en la expectativa económica pretendida por la sociedad arrendadora.

¹⁶ Jeze, Gastón. Ob. cit., pág. 38

Al respecto, observa la Sala que, en la cláusula segunda del contrato, se pactó el término de duración del mismo, que fue establecido en 12 años “contados desde la fecha de inauguración de la estación de servicios La Terminal”. (Se subraya). En el párrafo de la misma cláusula, se estipuló lo siguiente:

“PARÁGRAFO: La Terminal se obliga a tramitar ante el Departamento de Planeación Municipal y ante el Ministerio de Minas y Energía, todos los documentos necesarios para la aprobación de la construcción de la Estación de Servicios y la correspondiente licencia de funcionamiento, y CODIMOBIL a prestar toda su diligencia y colaboración para obtener las resoluciones administrativas respectivas. La licencia de construcción y de funcionamiento se tramitará basada en los planos constructivos que CODIMOBIL elabore. El arrendatario se obliga a cubrir los valores reales de los documentos mediante los cuales otorguen las respectivas licencias de funcionamiento”.

De otra parte, en el párrafo primero de la cláusula tercera se dispuso que el “canon”, que sería, inicialmente, de \$125.000.00, mensuales, se empezaría a pagar al vencimiento de los ciento veinte (120) días hábiles siguientes a la fecha de la firma del contrato, término que sería utilizado para la ejecución de las obras civiles y puesta en funcionamiento de la estación de servicios.

Sin embargo, en el párrafo segundo de la misma cláusula, se previó que el término anterior se haría efectivo siempre y cuando se otorgaran las respectivas licencias de construcción y funcionamiento, y que, en el evento en que dichos actos presentaran mora superior a 120 días, “el plazo para construir las obras civiles y cancelación del primer canon de arrendamiento sólo ser[ía] exigible a partir de la fecha de las respectivas licencias”.

Así las cosas, se advierte que la obligación de tramitar las licencias de construcción y de funcionamiento necesarias para la puesta en operación de la estación de servicio fue asumida por la sociedad demandante, y aunque en el contrato se establecieron obligaciones para CODIMOBIL, esta entidad no formaba parte del mismo. Adicionalmente, si bien el cobro del primer “canon” se previó para la fecha en que vencieran 120 días hábiles contados a partir de la firma del contrato, es claro que dicho término resultaba inocuo, si se tiene en cuenta que se previó, igualmente, que el mismo sólo se haría efectivo en el evento en que se otorgaran las respectivas licencias de construcción y funcionamiento, y que, si ello no ocurría en dicho plazo, la obligación de construir las obras civiles y de cancelar el primer “canon” sólo sería exigible a partir de la fecha de las respectivas licencias, sin establecer, para ésta, límite alguno.

Puede considerarse, en estas condiciones, que la entidad contratante asumió el riesgo que implicaba la posible demora de los trámites de obtención de las licencias mencionadas, riesgo que, inclusive, previó expresamente, no obstante lo cual no estableció mecanismos para aumentar el valor del primer cobro a realizar. Se concluye, por lo tanto, que el hecho alegado como imprevisible no tenía tal carácter, y que, por el contrario, habiéndolo considerado probable en el mismo texto del contrato, la contratante obró negligentemente al omitir el pacto de los correctivos necesarios para evitar los efectos económicos negativos que el mismo podría tener. Así las cosas, no se cumplen al menos dos de los requisitos de la teoría invocada, referidos al carácter imprevisible del hecho generador del desequilibrio y a su condición externa o exógena respecto de las partes del negocio.

Como se expresó en la sentencia del 26 de febrero de 2004, antes citada, “las obligaciones asumidas por las partes no pueden modificarse durante la ejecución del contrato, con fundamento en que se presentaron causas de rompimiento del equilibrio financiero del contrato”..., dado que, si, al momento de contratar, una de las partes “asumió contingencias o riesgos, que podían presentarse durante la ejecución del contrato, no le es dable solicitar [a la otra] que los asuma y cubra los sobrecostos que hayan podido generar”.

3.2. En segundo lugar, expresó la demandante que la zona donde está ubicado el inmueble arrendado era de “muy baja influencia en el aspecto físico, económico, social y administrativo”, en la época de celebración del contrato, y que, luego, por el “prodigioso crecimiento urbanístico y la vertiginosa multiplicación de actividades comerciales”, se produjo “un vuelco total”, que convirtió la zona en un polo de desarrollo, “lo que ha determinado una tasa de crecimiento del precio del mercado de la tierra en este sector”.

Presentó, para demostrar lo anterior, un análisis de la evolución urbanística de la zona donde está ubicado el lote y concluyó que, en la época de presentación de la demanda, en ella, los usos comerciales o institucionales eran menos rentables e, incluso, que no se consideraba permitido, ni siquiera con restricciones, el uso para estaciones de servicio. En efecto, la zona tiene definidos unos usos que la hacen atractiva para la inversión en propiedad raíz, para explotarla en vivienda o comercio, pero especialmente en vivienda, por su cercanía al centro de la ciudad, por el sistema vial que garantiza el fácil acceso y por la cercanía a zonas residenciales de clase media alta y alta. Por esa razón, explicó, el precio del metro cuadrado es significativamente alto comparado con el de otras áreas similares de la ciudad, y a ello se debe ajustar la rentabilidad de la tierra.

Finalmente, hizo un análisis económico de la zona y de la estación de servicios que opera en el lote, y, teniendo en cuenta el crecimiento económico promedio de la región entre 1984 y 1995 y la modificación del precio de la tierra en la zona en que está ubicado aquél, concluyó que la renta que éste debía generar corresponde al 0.5% mensual del avalúo respectivo. Agregó que la diferencia acumulada entre 1989 y 1995, entre el monto pactado en el contrato y el calculado sobre el avalúo del predio, es de \$69.358.229.00.

Revisados estos planteamientos, se observa que la parte demandante pretende demostrar el rompimiento de la ecuación económica del contrato, definiendo ésta última con fundamento, exclusivamente, en las obligaciones que surgen entre las partes en un contrato, desconociendo, por lo tanto, algunas previsiones contractuales referidas a la obtención por parte de la entidad contratante de beneficios adicionales al pago mensual pactado bajo el nombre del “canon”, previsiones que, unidas a otros aspectos, por lo demás, permitieron concluir que el contrato celebrado corresponde a la descripción típica del contrato de obra por el sistema de concesión.

En efecto, desconoce la entidad pública que el señor José Ovidio Echeverri se obligó a construir la estación de servicio, a su costa, y a devolver el inmueble a aquélla, a la terminación del contrato, junto con las mejoras efectuadas, lo que constituye, sin duda, un beneficio para la contratante que debía ser tenido en cuenta para determinar el posible rompimiento del equilibrio contractual. No puede perderse de vista, además, lo expresado en el fallo citado en el acápite anterior de esta providencia, en relación con la

necesidad de valorar el propósito de las entidades estatales en la actividad contractual, referido a la obtención de un interés público¹⁷, lo que resulta especialmente relevante cuando se trata de demostrar el desequilibrio financiero de un contrato de obra pública por el sistema de concesión, como ocurre en este caso. Dicho desequilibrio, claro está, en las condiciones anotadas, no podía establecerse valorando, exclusivamente, la modificación del precio del lote entregado al contratista.

Por otra parte, no obran pruebas en el expediente que permitan conocer los elementos determinantes de la ecuación contractual real del contrato en el momento de su celebración. No se demostró, por ejemplo, cuál era la utilidad esperada por el contratista por la explotación de la estación de servicio durante el tiempo de vigencia del contrato, ni cuál la esperada por la contratante a partir del vencimiento del mismo. Por la misma razón, no puede evaluarse el carácter equitativo o inequitativo del pago mensual previsto a favor de ésta última, como beneficio adicional al recibo posterior de la obra construida, y no es posible valorar la injerencia que, respecto del equilibrio contractual, habría podido tener la modificación de las condiciones urbanísticas de la zona donde se encontraba ubicada la estación de servicio.

En ese sentido, resultan infundadas las conclusiones obtenidas en las experticias practicadas dentro del proceso. En la primera, los cálculos respectivos se hicieron con base en la inversión realizada por el contratista y el valor de sus utilidades efectivamente obtenidas, y no en las proyecciones de estos factores al tiempo de la celebración del contrato. Además, los peritos tomaron como base documentos que, según se expresa en su informe, se encuentran registrados en la Cámara de Comercio de Pereira, y otros confrontados directamente por ellos, los cuales no obran en el expediente. En la segunda, se observa que las conclusiones obtenidas no se apoyaron en pruebas practicadas en el proceso, sino en “avalúos extractados de la demanda”.

Para abundar en razones, puede decirse que es suficientemente ilustrativo, para demostrar la inutilidad de los dictámenes practicados, el hecho de que su objeto hubiera sido el de “determinar la diferencia entre los resultados económicos del contrato de arrendamiento del predio donde funciona la Estación de Servicio La Terminal y el rendimiento económico que debería estar generando el mismo predio, en condiciones normales del mercado”.

Debe agregarse que, de las afirmaciones de la parte actora parece deducirse que la pretensión formulada está dirigida a la necesidad de garantizar, simplemente, el aumento del lucro esperado, lo que, como se ha explicado, no podría fundarse en la aplicación de la teoría de la imprevisión, que sólo se justifica en los eventos en que se presenta una alteración anormal y grave de la ecuación financiera del contrato. En palabras de Riveró, no son suficientes la desaparición del beneficio del cocontratante, ni

¹⁷ Sobre la necesidad de tener en cuenta el interés público que pretende garantizarse con la celebración de los contratos estatales, ver el laudo arbitral proferido el 21 de octubre de 2004 por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las controversias surgidas entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., con ocasión del contrato No. 94016 del 4 de marzo de 1994, cuyo objeto es el suministro de energía y disponibilidad de potencia.

la existencia de un déficit que lo afecte; hace falta que la gravedad y persistencia de éste último excedan lo que aquél haya podido y debido razonablemente prever.

Ahora bien, en cuanto se refiere a la modificación de las condiciones urbanísticas del sector donde está ubicado el inmueble destinado a la construcción de la obra pública, encuentra la Sala que tampoco se demostró su carácter imprevisible.

Al respecto, resultan contradictorios los testimonios recibidos en el proceso. Por una parte, los señores Valencia Marín y Ossa Lenis afirman que, cuando comenzó la construcción de la estación de servicio, el sector era muy despoblado. El primero, inclusive, agregó que nunca pensó que construirían luego todo lo que existe hoy allí, y el segundo, que le manifestó al contratista que, en su opinión, la inversión era riesgosa.

Por otra, el señor José Horacio López Castro, si bien expresó que, en la fecha en que se celebró el contrato (julio de 1986), el inmueble objeto del mismo se encontraba “en un extremo de la ciudad”, y que, en cambio, en 1996 -cuando se recibió su declaración-, “está en el centro y pertenece a un estrato alto y no bajo”, había afirmado que, entre los años 1975 y 1978, cuando se construyó el Terminal de Transportes, la zona tenía un crecimiento “muy estático”, pero que, “después del 80 u 81 cambió de dinámica ese sector” y se produjo “un gran auge de la zona, tanto comercial, como residencial” y educativo (se subraya), al punto que, desde 1991, la zona “se ha vuelto la de mayor índice de construcciones en Pereira”.

De lo manifestado por este declarante, quien se desempeñaba como gerente de la sociedad demandante en la época de la celebración del contrato, puede deducirse que varios años antes de ésta, al menos cinco, ya la zona donde se encontraba el inmueble entregado al señor José Ovidio Echeverri había comenzado a tener un importante desarrollo comercial y residencial, y había dejado de tener, por lo tanto, baja rentabilidad económica, como se afirma en la demanda. Esta circunstancia, además, permite inferir que era previsible que se presentara un auge de la construcción en el sector.

Así las cosas, no puede considerarse demostrado que el desarrollo urbanístico de la zona mencionada constituyera un hecho que los contratantes no hubieran podido prever razonablemente, al momento de la celebración del contrato.

Poco aporta, por lo demás, el testimonio del señor Carlos Hernández Nieto, quien estuvo encargado de la gerencia de la empresa contratante desde el 27 de octubre de 1987, quien simplemente dice que, en su opinión, “con el correr del desarrollo, los ingresos que paga el arrendatario a la Terminal son un poco bajos”, y explica, luego, que “[e]l porcentaje del canon de arrendamiento es muy bajo con respecto al índice de inflación del país”, y que el lote, “cuando se adecuó, tenía un costo muy bajo”.

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala concluye que no se produjo el rompimiento de la ecuación financiera del contrato que invocó la entidad contratante, por lo cual se impone revocar el fallo apelado y decidir, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 12 de septiembre de 1997 dentro el presente proceso, y se decide, en su lugar, NEGAR las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala

MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ACLARACION DE VOTO DE LA DRA. RUTH STELLA CORREA PALACIO

CONTRATO DE CONCESION - Objeto / CLAUSULA DE REVERSION - Libre autonomía de la voluntad / ELEMENTO ACCIDENTAL DEL CONTRATO - Voluntad de las partes

El objeto del contrato de concesión, está estrechamente ligado a la prestación de un servicio público o a la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinada al servicio público, según se desprende de su definición contenida en el numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1.993. En mi entender el contrato celebrado entre el señor Echeverri Gutiérrez y la sociedad Terminal de Transporte de Pereira S.A., el 25 de julio de 1.986, no puede tipificarse como un contrato de concesión, dado que la sola destinación de un inmueble a la distribución y venta del petróleo y sus derivados, no tiene la virtualidad de convertir el contrato cuyo objeto es la entrega del goce de un inmueble, en un contrato de concesión. Tampoco se deriva tal naturaleza del pacto negocial que incluye la obligación para el contratista de entregar a la contratante, a la terminación del contrato, la obra que en él haya construido. El objeto no lo fue que la Empresa de Transportes de Pereira S.A., otorgara a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, del servicio público de venta de gasolina, tampoco lo fue la construcción,

explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, o el encargo de una actividad necesaria para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio. Y el objeto contractual no podía ser de tal naturaleza, por cuanto a cargo de la entidad contratante no estaba un servicio público cuya prestación, operación, explotación, organización o gestión pudiera otorgar a un contratista, ni tampoco estaba por su cuenta la administración o mantenimiento de un bien destinado al uso o servicio público, en relación con el cual pudiera encargar la ejecución de una obra. Es decir, dentro de su objeto no estaba la administración del recurso petrolero, actividad que para la época en que se celebró este contrato estaba a cargo de la empresa Industrial y comercial del Estado ECOPETROL, y que hoy desde la transformación de ésta en una sociedad por acciones a través del decreto 1760 de 2.003, está a cargo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos. Igualmente entiendo como una consecuencia y no como un criterio diferenciador o tipificador, la existencia de la cláusula de reversión en un contrato de concesión, al cual le es propia de su naturaleza, en la medida en que por ley le pertenece, así no se pacte, conclusión que no se opone a su pacto en otros contratos, en virtud de la libre autonomía de la voluntad, pero como elemento accidental del contrato. Igualmente entiendo como una consecuencia y no como un criterio diferenciador o tipificador, la existencia de la cláusula de reversión en un contrato de concesión, al cual le es propia de su naturaleza, en la medida en que por ley le pertenece, así no se pacte, conclusión que no se opone a su pacto en otros contratos, en virtud de la libre autonomía de la voluntad, pero como elemento accidental del contrato. La cláusula que en la sentencia se entendió como de reversión, a mi juicio es accidental al contrato que se juzga en el sub exámine, y no de la naturaleza como lo es al contrato de concesión. Dada su condición de accidental, esto es de pertenecer al contrato sólo por expresa manifestación de la voluntad de las partes en tal sentido, no puede tenerse como criterio identificador del contrato como uno de concesión.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ

Bogotá, D. C., nueve (9) de junio de dos mil cinco (2005)

Radicación número: 66001-23-31-000-1995-02930-01(14291)DM

Actor: SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTES PEREIRA S.A.

Demandado: JOSE OVIDIO ECHEVERRI GUTIERREZ

Aunque compartí la decisión adoptada por la Sección en sentencia de 9 de junio de este año, con todo respeto me permito aclarar voto en relación con la conclusión que se adopta en ella en el sentido de que el contrato que dio origen a la controversia que se definió en el proceso, era de obra pública por concesión, la cual quedó fundamentada en las siguientes consideraciones:

- “ Así las cosas, resulta evidente para esta Sala que el contrato celebrado no correspondía a la descripción típica del arrendamiento, en cuanto su objeto no era la concesión del goce del inmueble, sino la construcción de una obra pública por el sistema de concesión. En efecto el señor Ovidio Echeverri se obligó a construir una estación de servicio, destinada a la comercialización de derivados del petróleo, a cambio de una remuneración que, en el caso concreto, si bien ello no se hizo explícito, consistió en el derecho a cobrar las tarifas respectivas a los usuarios de la misma estación, por el término de 12 años, y con la obligación de entregar a la entidad pública, a su vencimiento, la obra construida.
- “ Al respecto, debe precisarse que no cabe duda alguna de que la construcción de la estación de servicio constituía una típica obra pública, ya que la misma estaba destinada a la prestación de un servicio público. En efecto, conforme al artículo 212 del Decreto 1056 del 20 de abril de 1953, por el cual se expidió el Código de petróleos, el transporte y la distribución del petróleo y sus derivados constituyen un servicio público. En el mismo sentido, el artículo 1º de la Ley 39 de 1987 dispone que la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo tiene tal carácter.
- “ Se concluye, entonces, que el contrato que ocupa a la Sala, en el presente caso, debía regirse por los artículos 81 y siguientes del Decreto 222 de 1983, que regulaban el contrato de obra pública, y, específicamente, por los artículos 102 a 104 del mismo decreto, que se referían a los contratos de obra pública por el sistema de concesión. Se observa, además, que la cláusula contenida dicho contrato (sic), referida a la determinación de los bienes que, sin reconocimiento de indemnización alguna, debían pasar a ser propiedad de la entidad contratante, a la terminación del contrato por vencimiento del plazo, constituye una de las estipulaciones obligatorias expresamente previstas en el artículo 104 citado para el último contrato mencionado. Por lo demás, la previsión referida al aplazamiento del inicio del contrato y, por lo tanto, del surgimiento de la obligación de pagar el primer “canon de arrendamiento” muestra claramente que no se estaba remunerando el goce del bien, cuya entrega, en cambio, no se condicionó de ninguna manera.”

En síntesis fueron dos los elementos que la sentencia identificó en el negocio jurídico para concluir la existencia de un contrato de construcción de obra pública por concesión, a saber: i) la destinación a la venta de combustible que el contratista debía dar al inmueble; ii) el pacto en el sentido de que a la terminación del contrato, las obras que se hubieran construido para la prestación del servicio a que se dedicaría el inmueble, pasarían a propiedad de la entidad estatal contratante, pacto que la sentencia entendió como una cláusula de reversión, lo cual se convirtió en una razón más para entender que el contrato participaba de la naturaleza del de concesión.

Entiendo que el primer elemento no se presenta en el contrato que se juzga y en relación con el segundo, que su presencia no determina la existencia de un contrato de concesión.

El objeto del contrato de concesión, está estrechamente ligado a la prestación de un servicio público o a la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinada al servicio público, según se desprende de su definición contenida en el numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1.993, conforme a la cual:

“ Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación de bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

En mi entender el contrato celebrado entre el señor José Ovidio Echeverri Gutiérrez y la sociedad Terminal de Transporte de Pereira S.A., el 25 de julio de 1.986, no puede tipificarse como un contrato de concesión, dado que la sola destinación de un inmueble a la distribución y venta del petróleo y sus derivados, no tiene la virtualidad de convertir el contrato cuyo objeto es la entrega del goce de un inmueble, en un contrato de concesión. Tampoco se deriva tal naturaleza del pacto negocial que incluye la obligación para el contratista de entregar a la contratante, a la terminación del contrato, la obra que en él haya construido.

Conforme a la transcripción que de las cláusulas del contrato hace la sentencia en relación con la cual aclaro voto, el objeto del mismo era que la entidad estatal otorgara en arrendamiento al particular contratista un lote de terreno, para que se adelantara la construcción de una estación de servicio afiliada a Colombianos Distribuidores de Combustibles S.A., donde se venderían productos suministrados por Codi, en forma exclusiva. El objeto no lo fue que la Empresa de Transportes de Pereira S.A., otorgara a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, del servicio público de venta de gasolina, tampoco lo fue la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, o el encargo de una actividad necesaria para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio.

Y el objeto contractual no podía ser de tal naturaleza, por cuanto a cargo de la entidad contratante no estaba un servicio público cuya prestación, operación, explotación, organización o gestión pudiera otorgar a un contratista, ni tampoco estaba por su cuenta la administración o mantenimiento de un bien destinado al uso o servicio público, en relación con el cual pudiera encargar la ejecución de una obra.

Conforme al certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Pereira (fl. 110 del expediente), la sociedad TERMINAL DE TRANSPORTES DE PEREIRA S.A., tiene como principal objeto social “ Contribuir a la solución de los problemas de tránsito y transporte de todo el país, en especial de la ciudad de Pereira, y su área metropolitana, así como la de adelantar los programas necesarios para asegurar un adecuado control y mejoramiento del servicio del transporte terrestre automotor, mediante la construcción y explotación de terminales de transporte.”

Es decir, dentro de su objeto no estaba la administración del recurso petrolero, actividad que para la época en que se celebró este contrato estaba a cargo de la empresa Industrial y comercial del Estado ECOPETROL, y que hoy desde la transformación de ésta en una sociedad por acciones a través del decreto 1760 de 2.003, está a cargo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

En este orden de ideas mal podía la Empresa Terminal de Transporte de Pereira S.A., otorgar la prestación del servicio público de venta de combustible.

El objeto del contrato fuente de la controversia que se dirime en el *sub exámine* estaba determinado por la entrega, por parte de la entidad estatal al contratista particular, del goce de un inmueble el cual éste se comprometía a destinar exclusivamente a una empresa comercial dedicada al expendio de combustible, lubricantes, llantas neumáticos, baterías y todo lo relacionado con la prestación de servicios automotores (*parágrafo* de la cláusula primera). Es decir lo que la entidad estatal otorgaba en virtud del contrato era el uso y goce de un inmueble y no la prestación del servicio público de venta de gasolina; ese derecho le debió ser otorgado al contratista por la entidad estatal que tenía a su cargo la administración de hidrocarburos.

En síntesis entiendo que el objeto del contrato (la prestación debida) no lo era, como lo concluyó la sentencia, la distribución de combustibles. Debe diferenciarse entre el contrato que seguramente debió celebrar el señor Ovidio Echeverri para la distribución de combustible, del contrato que celebró con la Empresa Terminal de Transporte de Pereira S.A., para utilizar un inmueble de propiedad de ésta, en la venta de tal combustible. Los objetos contractuales son diferentes, en uno, es la venta al contratista, por parte de la entidad estatal encargada de la administración de los hidrocarburos, del combustible que a su vez se le permite vender al público, y otro es el objeto del contrato que permite al vendedor del combustible utilizar un inmueble para dedicarse a esa actividad mercantil, inmueble cuya propiedad bien podía ostentar un particular.

En otros términos, la venta y distribución de combustible no fue una actividad ejercida por el señor Ovidio Echeverri en virtud del contrato celebrado con la Empresa Terminal de Transporte de Pereira S.A. Este contrato le permitió ejercer esa actividad en un inmueble de propiedad de esa empresa, pero igual pudo ejercerla en otra parte, porque, insisto, el objeto del contrato que dio origen a este proceso no lo fue permitirle al señor Ovidio Echeverri la venta de combustible, sino que lo fue permitirle la utilización de un inmueble de propiedad de la demandada, entre otras en esa actividad, porque realmente la empresa comercial que el señor Echeverri se comprometió a realizar en ese inmueble, superaba la venta de combustible, para extenderse a la venta de otros bienes y servicios relacionados con el mantenimiento de automotores.

Igualmente entiendo como una consecuencia y no como un criterio diferenciador o tipificador, la existencia de la cláusula de reversión en un contrato de concesión, al cual le es propia de su naturaleza, en la medida en que por ley le pertenece, así no se pacte¹⁸, conclusión que no se opone a su pacto en otros contratos, en virtud de la libre autonomía de la voluntad, pero como elemento accidental del contrato.

La cláusula que en la sentencia se entendió como de reversión, a mi juicio es accidental al contrato que se juzga en el *sub exámine*, y no de la naturaleza como lo es al contrato de concesión. Dada su condición de accidental, esto es de pertenecer al contrato sólo por expresa manifestación de la voluntad de las partes en tal sentido, no puede tenerse como criterio identificador del contrato como uno de concesión.

Fecha ut supra

RUTH STELLA CORREA PALACIO

¹⁸ En efecto así lo determina el artículo 14 del Estatuto de Contratación Administrativa, que al establecer las cláusulas excepcionales establece perentoriamente: “En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.”