



TESIS DOCTORAL

**LA RESPONSABILIDAD
CONTRACTUAL Y EL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL EN
LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES**

INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO
Abogado

Directora Prof. Dra. Teresa San Segundo Manuel
Codirectora Prof. Dra. Juana Ruiz Jiménez

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA**

2015

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA**

**LA RESPONSABILIDAD
CONTRACTUAL Y EL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL EN
LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES**

**Inocencio Meléndez Julio
Abogado**

Directora Prof. Dra. Teresa San Segundo Manuel

Codirectora Prof. Dra. Juana Ruiz Jiménez

AGRADECIMIENTOS DEL AUTOR

**A la Dra. Dña. Teresa San Segundo Manuel
y a la Dra. Dña. Juana Ruiz, quienes como Director
y Co-director de esta tesis doctoral con dedicación
acierto e interés me orientaron y motivaron a culminar
con éxito este trabajo académico**

**A la Uned, y a todo el equipo académico que dirige el Maestro
Dr. Carlos Lasarte, quienes me dieron la oportunidad de cursar
este Doctorado, y me motivaron a profundizar sobre el importante
instituto del Derecho Patrimonial y la Contratación Contemporánea.**

**A toda mi familia, en especial mi padre Francisco ,*-in memoriam-*
A quien le hubiese encantado presenciar estos momentos académicos.
A mi madre, que siempre la he tenido ahí, y que hace el esfuerzo por
llenarme ese vacío con infinito cariño.**

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE

DEL DERECHO CIVIL-PATRIMONIAL EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

TÍTULO PRIMERO

LA TEORÍA DEL CONTRATO ESTATAL COMO INSTITUCIÓN DE RELACIONES JURÍDICOS –PATRIMONIALES

CAPÍTULO PRIMERO. DERECHO-CIVIL-PATRIMONIAL Y CONTRATOS ESTATALES

1. Derecho patrimonial, patrimonio público y privado en el contrato estatal
2. Concepto, elementos y estructura de la relación jurídico- patrimonial y la seguridad jurídica contractual
3. El contrato estatal como negocio jurídico patrimonial y la seguridad jurídica contractual
4. Las atribuciones patrimoniales injustificadas y la teoría del enriquecimiento sin causa

CAPÍTULO SEGUNDO. LA PATRIMONIALIDAD COMO ELEMENTO DE LA OBLIGACIÓN EN EL CONTRATO ESTATAL

1. La patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad de la obligación.
2. La prestación debida: las obligaciones de medio y obligaciones de resultados

3. Obligaciones de dar en los contratos estatales
 - 3.1 La obligación de dar en la prestación de entrega, traspaso y transmisión de derechos
 - 3.2. La obligación de dar en los contratos estatales como prestación de resultado
4. Las obligaciones de hacer en los contratos estatales.
 - 4.1. La prestación en las obligaciones de hacer
 - 4.2. Criterios de distinción de las obligaciones de hacer en los contratos de medio y de resultado
 - 4.3. Las obligaciones de hacer en los contrato de prestación de servicios y de consultoría
 - 4.4. las obligaciones en los contratos de resultado
5. Las obligaciones negativas de no hacer en los contratos estatales

CAPÍTULO TERCERO: EL INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO DE LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN EL CONTRATO ESTATAL Y SUS EFECTOS PATRIMONIALES

1. Incumplimiento por omisión de la prestación debida
2. Fronteras entre el incumplimiento por mora o retardo y el incumplimiento definitivo en la prestación
- 3 El incumplimiento definitivo y consecuencias patrimoniales
- 4 La imposibilidad sobrevenida de la prestación
5. La imposibilidad temporal prolongada y la frustración del fin del negocio jurídico del contrato estatal

CAPÍTULO CUARTO. EL CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO DEL OBJETO DE LOS CONTRATOS ESTATALES Y SUS EFECTOS PATRIMONIALES

1. La ejecución de una prestación defectuosa
2. Los vicios o defectos de los bienes ocultos en los contratos estatales de suministros, de compraventa y de arrendamiento

3. Los vicios o defectos de las cosas construidas de obras
4. Alcance fáctico del cumplimiento defectuoso

TÍTULO SEGUNDO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL, EL DERECHO DE DAÑOS Y LA FUNCIÓN PATRIMONIAL EN LOS CONTRATOS ESTATALES

CAPÍTULO PRIMERO: FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y LAS FUNCIONES DEL DERECHO DE DAÑOS EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

1. Las funciones del derecho de daños
2. La relativización del principio de reparación integral del daño contractual
3. La fundamentación del derecho de daños y de la responsabilidad civil
4. El Principio del mutatis mutandi en la responsabilidad civil-contractual estatal
5. El principio del iura novit curia en la responsabilidad civil- contractual y el derecho patrimonial en el contrato estatal

CAPÍTULO SEGUNDO: LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO

1. La responsabilidad civil contractual y extracontractual
2. Principio de la unidad de la culpa civil
3. La responsabilidad civil derivada del delito con ocasión de la gestión contractual del Estado
4. El alcance patrimonial de las obligaciones incumplidas generadoras del daño contractual

CAPÍTULO TERCERO. APLICACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A CASOS CONCRETOS DE REPARACIÓN PATRIMONIAL DERIVADA DE LA GESTIÓN DE LOS CONTRATO ESTATAL

1. La noción jurídica-contractual del daño indemnizable y resarcible
2. Alcances patrimoniales de los elementos de la responsabilidad civil-contractual
3. La teoría de la causalidad en la responsabilidad civil-contractual: relación causa efecto

SEGUNDA PARTE

LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD-CIVIL Y DEL DAÑO PATRIMONIAL EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

TÍTULO PRIMERO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL DE LAS PARTES EN EL CONTRATO ESTATAL

CAPÍTULO PRIMERO. LA TIPOLOGÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL-

CONTRACTUAL APLICABLE AL DERECHO DE LOS CONTRATOS ESTATALES

1. Tipología de responsabilidad civil- contractual según el origen del daño
2. Las modalidades de culpa contractual según los tipos de responsabilidad civil
3. La Responsabilidad civil-contractual en las obligaciones de medio y de resultados
4. Hacia noción de responsabilidad civil y de daño para la seguridad jurídica de los derecho patrimoniales estipulados en los contratos estatales

CAPÍTULO SEGUNDO: REQUISITOS Y PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL EN LA GESTIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

1. Es necesario que se haya celebrado un contrato estatal válido
2. Responsabilidad civil pre-contractual y el daño patrimonial generado en el íter contractual
3. Responsabilidad civil contractual por la ocurrencia del daño patrimonial durante la ejecución del íter contractual
4. Responsabilidad civil-contractual por la ocurrencia del daño patrimonial durante la fase post-contractual del contrato estatal
5. Es requisito que el daño surja de la inejecución de las obligaciones por incumplimiento de retraso, incumplimiento definitivo o del cumplimiento defectuoso de la prestación

TÍTULO SEGUNDO

ELEMENTOS NECESARIOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL EN LA GESTIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

CAPÍTULO PRIMERO: LA CONDUCTA O COMPORTAMIENTO CIVIL-CONTRACTUAL DEL DEMANDADO

1. La conducta exige un comportamiento contractual por acción u omisión
2. La acción omisiva en el contrato estatal debe provenir del contratante estatal, interventor, supervisor o del contratista particular
3. La conducta de acción u omisión debe ser contraria a las obligaciones contenidas en el contrato estatal

CAPÍTULO SEGUNDO: LA CULPA CIVIL-CONTRACTUAL DEL DAMANDADO COMO ELEMENTO ADICIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA IRREGULAR GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

1. Los principios orientadores de la culpabilidad contractual
2. Las modalidades de culpabilidad contractual
3. La culpabilidad contractual en la formación, ejecución y liquidación del contrato estatal
4. La falta contractual y la modalidad de culpa en la responsabilidad civil contractual estatal
5. Los límites de la responsabilidad civil- contractual sin culpa
 - 5.1 La responsabilidad civil- contractual objetiva
 - 5.2 La responsabilidad civil- contractual por el hecho propio
 - 5.3 La responsabilidad civil- contractual por productos defectuosos
 - 5.4 La responsabilidad civil- contractual por el hecho ajeno o de un tercero
 - 5.5 La responsabilidad civil- contractual por daños derivados de la construcción de obras

CAPÍTULO TERCERO: LA REPARACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL POR PARTE DEL DEMANDADO, DERIVADO DE LA IRREGULAR GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

1. Noción de daño patrimonial desde la perspectiva del contrato estatal
2. Características del daño patrimonial desde la perspectiva de la responsabilidad civil-contractual estatal

CAPÍTULO CUARTO: EL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA CONDUCTA CIVIL- CONTRACTUAL DEL Y EL DAÑO PATRIMONIAL COMO RESULTADO

1. La causalidad jurídica como el nexo entre la conducta y el daño patrimonial
2. El nexo causal y la teoría de la causa eficiente o de la causa adecuada

CAPÍTULO QUINTO: EL ABUSO DEL DERECHO DE LOS GESTORES CONTRACTUALES Y DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL EN LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y SUS EFECTOS PATRIMONIALES EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL

1. El Ejercicio abusivo del derecho de propiedad y del Derecho ambiental.
2. El ejercicio abusivo de las prerrogativas públicas establecidas en el Derecho contractual
3. El ejercicio abusivo del Derecho administrativo y la desviación de poder en el contrato estatal

TERCERA PARTE

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y LA REPARACIÓN

INTEGRAL DEL DAÑO PATRIMONIAL EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

TITULO PRIMERO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL SEGÚN LA TIPOLOGIA DEL CONTRATO ESTATAL

CAPITULO PRIMERO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

1. Tipologías del contrato de obra pública según la cláusula de precio y pago
 - 1.1. El daño patrimonial en el contrato de obra pública a precio global o alzado: precio global fijo y precio global con fórmula de reajuste
 - 1.2. El daño patrimonial en el contrato de obra pública a precios unitarios
 - 1.3. El daño patrimonial en el contrato de obra pública por el sistema de administración delegada
 - 1.4. El daño patrimonial en el contrato de obra pública por reembolso de gastos y pago de honorarios
2. El daño patrimonial en el contrato de obra pública y de concesión de infraestructura del transporte con fase de pre-construcción, construcción y mantenimiento con entrega de estudios y diseños
3. El daño patrimonial en el contrato de obra pública y de concesión de infraestructura del transporte-llave en mano

CAPITULO SEGUNDO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL EN LOS CONTRATOS DE CONCESIONES VIALES Y DE INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE

1. Tipologías del contrato de concesión de infraestructura de transporte según la estructuración jurídica, técnica y financiera de cada proyecto
 - 1.1 Concesiones viales de primera generación- 1G
 - 1.2 Concesiones viales de segunda generación-2G
 - 1.3 Concesiones viales de tercera generación-3G
 - 1.4 Concesiones viales de cuarta generación-4G
2. El daño patrimonial durante la etapa pre-contractual de concepción preparación y/o de formación del contrato estatal
3. El daño patrimonial durante la etapa contractual y/o de ejecución: construcción, rehabilitación, mantenimiento, operación y recaudo
 - 3.1. El daño patrimonial durante la etapa de operación
 - 3.2. El daño patrimonial durante la etapa de rehabilitación y mantenimiento
4. El daño patrimonial durante la etapa post-contractual en especial en la aplicación de la cláusula de reversión
5. La responsabilidad civil contractual y el daño patrimonial en los contratos de asociación público- privadas (APP) de iniciativa pública e iniciativa privada
6. La renegociación de las concesiones, adiciones en plazo y responsabilidad civil- contractual patrimonial

CAPÍTULO TERCERO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL EN LA GESTIÓN Y ADQUISICIÓN PREDIAL PARA LA CONTRATACIÓN, EJECUCION Y DESARROLLO DE PROYECTOS DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE Y DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. La gestión y adquisición predial para la ejecución y desarrollo de proyectos de infraestructura y de servicios públicos
 - 1.1. La indemnización debe ser justa
 - 1.2. Estimación y tasación de la indemnización
 - 1.2.1. Función compensatoria

1.2.2. Función reparatoria

1.2.3. Función restitutiva

2. La igualdad de criterios en la estimación tanto de la indemnización que realiza el juez, como del precio negociado en la etapa de enajenación voluntaria
3. El daño patrimonial en la gestión predial en los contratos de obra pública y de concesión de infraestructura vial
4. La Responsabilidad civil contractual de las personas jurídicas que ejecutan y desarrollan proyectos de infraestructura y de servicios públicos y de asociaciones público-privadas por la ocurrencia de riesgos prediales

CAPÍTULO CUARTO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL EN LA GESTIÓN DE OTROS CONTRATOS ESTATALES TÍPICOS Y ATÍPICOS

1. La Responsabilidad civil contractual en los contratos típicos
 - 1.1. Contrato de consultoría:
 - 1.1.1. Contrato de consultoría para los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión
 - 1.1.2. Contrato de consultoría para estudio de diagnóstico, pre- factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos
 - 1.1.3. Contrato de consultoría para la asesoría técnica de coordinación, control y supervisión
 - 1.1.4. Contrato de Interventoría y/o supervisión
 - 1.1.5. Contrato de consultoría para la asesoría técnica en gerencia de obra o proyectos
 - 1.1.6. Contratos de consultoría para la dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos

- 1.2. La responsabilidad civil contractual de las partes en los contratos de prestación de servicios:
 - 1.2.1. Los Contrato de prestación de servicios profesionales
 - 1.2.2 Contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión
 - 1.2.3 Contrato de prestación de servicios para la ejecución de trabajos artísticos
 - 1.3. La responsabilidad civil en los contratos de compra venta y de suministro de bienes, insumos, maquinaria y equipos
 - 1.4 La responsabilidad civil en los contratos de enajenación de bienes muebles e inmuebles del Estado
 - 1.5 La responsabilidad civil-contractual y el daño patrimonial en los negocios fiduciarios
 - 1.5.1. Contrato de encargo fiduciario
 - 1.5.2. Contrato de fiducia pública
 - 1.5.3. Contrato de fiducia mercantil y patrimonio autónomo
 - 1.6 Contrato de empréstitos nacionales e internacionales
 - 1.7 Contrato mercantil de seguros que ampara obligaciones adquiridas por el contratista estatal conforme al Decreto 1082 de 2015
 - 1.8 La posición de los órganos de vigilancia y control penal, fiscal y disciplinario en relación el contrato de prestación de servicios genera incertidumbre jurídico
 - 1.9 El contrato privado de fiducia mercantil para el manejo de los anticipos en los contratos de obra, concesión, salud o los que se adjudiquen en licitación pública
2. La responsabilidad civil en los contratos estatales atípicos

- 2.1. Contrato de leasing
 - 2.1.1 Naturaleza jurídica del contrato de leasing
 - 2.1.2 Características del contrato de leasing
- 2.2. Contrato de factoring
 - 2.2.1 Naturaleza jurídica del contrato de factoring
 - 2.2.2 Características del contrato de factoring
- 2.3. Contrato de franquicia
 - 2.3.1 Naturaleza jurídica del contrato de franquicia
 - 2.3.2 Características del contrato de franquicia
- 2.4. El contrato joint venture
 - 2.4.1 Naturaleza jurídica del contrato de Joint venture
 - 2.4.2 Características del contrato de joint venture
- 2.5. El contrato merchandising
- 2.6. El contrato putting out system
- 2.7. El contrite just in time
- 2.8. El contrato swap
 - 2.8.1 Partes intervinientes en el contrato de swap
 - 2.8.2 Naturaleza jurídica del contrato swap
 - 8.8.3 Características del contrato swap
- 2.9. El contrato forward
 - 2.9.1 Partes intervinientes en el contrato forward
 - 2.9.2 Características del contrato forward
- 2.10. El contrato opción
 - 2.10.1 Naturaleza jurídica del contrato opción
 - 2.10.2 Partes intervinientes en el contrato opción
 - 2.10.3 Características del contrato opción
- 2.11. El contrato underwriting
 - 2.11.1 Naturaleza jurídica del contrato underwriting
 - 2.11.2 Partes intervinientes del contrato underwriting
 - 2.11.3 Características del contrato underwriting

- 2.12. El contrato reporto
 - 2.12.1 Partes intervinientes en el contrato reporto
 - 2.12.2 Características del contrato reporto
- 2.13 El contrato outsourcing
 - 2.13.1 Naturaleza jurídica del contrato outsourcing
 - 2.13.2 Partes intervinientes en el contrato outsourcing
 - 2.13.3 Características del contrato outsourcing
- 2.14. El contrato engineering, procurement and construction - EPC

CAPÍTULO QUINTO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL, EXTRA CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL EN LOS CONTRATOS ESTATALES SIMULADOS Y FRAUDULENTOS: EL TESTAFERRATO CONTRACTUAL

- 1. La buena fe, la responsabilidad civil y el daño patrimonial en los contratos estatales simulados y fraudulentos
 - 1.1 Los contratos estatales simulados
 - 1.2 Los contratos estatales fraudulentos
- 2. La responsabilidad civil en el fraude contractual y el abuso del derecho
 - 2.1 El fraude en relación a la cuantía del contrato estatal
 - 2.2 El fraude en razón al objeto del contrato
 - 2.3 El fraude en razón a la naturaleza, cantidad, calidad de los bienes y servicios, en el acto de recibo y entrega a satisfacción
- 3. Los contratos estatales celebrados con personas naturales y/o personas jurídicas no declarados como unidad de empresas o grupo empresarial
- 4. Los contratos estatales celebrados con personas naturales y/o personas jurídicas declarados como unidad de empresa

5. Los contratos estatales celebrados con personas naturales, personas jurídicas, consorcios, uniones temporales que hacen contribuciones a partidos, movimientos y candidatos para financiar campañas políticas
6. Los vínculos de consanguinidad, afinidad y civil asociados a personas naturales y jurídicas que celebra contratos estatales.
7. El testaferrato contractual o contratación por interpuesta persona
8. El móvil de la simulación y el fraude en los contratos estatales
9. Modalidades y formas de comportamiento del determinador, autores, coautores y partícipes del ilícito contractual de testaferrato en el fraude y simulación en los contratos estatales
 - 9.1 Noción y alcance del testaferrato en los contratos estatales
 - 9.2 El fraude y la simulación en los contratos estatales con prima de éxito
 - 9.3 Los contratos de fiducia mercantil irrevocable que tienen como fuente de ingresos la facturación de contratos estatales mediante cesión de derechos económicos
 - 9.4 Los subcontratos y ofertas mercantiles suscritos con contratistas estatales para suministrar bienes y servicios
 - 9.5 El rol de la entidad contratante, de los interventores y supervisores en el giro, manejo, inversión y liquidación de los anticipos
 - 9.6 Las actas fraudulentas de liquidación de los contratos estatales
 - 9.7 Las actas fraudulentas de recibo y entrega de los bienes y servicios contratados
 - 9.8 Las adiciones en plazo, adiciones en recursos,

contratos adicionales y mayores cantidades de obra simuladas y fraudulentas

9.9 Las mayores permanencias en las obras simuladas y fraudulentas

9.10 El restablecimiento fraudulento del equilibrio económico del contrato

9.11 Las mayores cantidades ejecutadas de redes de desvíos, demolición y deposición de escombros mediante maniobras fraudulentas

9.12 El fraude por mayor permanencia por riesgos prediales

9.13 El fraude contractual mediante las glosas a los diseños por parte del contratista

9.14 La simulación y el fraude mediante la acreditación de requisitos técnicos, financieros, jurídicos de experiencia y de recurso humano disponible

10. Concepto de diversificación empresarial, unidad de empresa, pirámides financieras, registro de proponentes en los contratos estatales simulados y fraudulentos
11. Enriquecimiento sin causa de los sujetos contractuales como presupuesto para el legítimo restablecimiento del carácter conmutativo de los contratos con efectos civiles
12. El enriquecimiento ilícito derivado de los contratos estatales simulados y fraudulentos con efectos penales

TÍTULO SEGUNDO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL EN LOS CONTRATOS ESTATALES SEGÚN SU OBJETO Y LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD CONTRANTE

CAPÍTULO PRIMERO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL SEGÚN EL OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL

A. RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES SEGÚN SU OBJETO

1. Los Contratos de las entidades de crédito del Estado
2. Los Contratos de las entidades aseguradoras estatales
3. Los Contratos de las entidades fiduciarias estatales
4. Los Contratos de compraventa de bienes inmuebles estatales
 - 4.1. Estado comprador
 - 4.2. Estado vendedor
5. El Contrato estatal de avalúo
6. Contrato estatal de empréstito
7. Contrato estatal de comodato
8. Contrato estatal de mutuo
9. La donación
10. Contrato estatal de arrendamiento

- 10.1. El Estado arrendador
- 10.2 El Estado arrendatario
- 11. Imposición de servidumbre y ocupación temporal de inmuebles
- 12. Contrato estatal de ciencia y tecnología
- 13. El Contrato estatal de fiducia pública
- 14. El contrato estatal del encargo fiduciario
- 15. Los contratos estatales de edición, impresión y publicación
- 16. Régimen de los contratos para la realización de inversiones en nuevas plantaciones forestales de carácter protector
- 17. Régimen de contratos para el desarrollo de proyectos culturales
- 18. Régimen de contratos para la venta de la propiedad accionaria de las entidades del Estado
- 19. Régimen de causales de caducidad de los contratos estatales de orden público
- 20. La caducidad del contrato por la declaratoria de responsabilidad fiscal del contratista o uno de sus miembros en el contratista plural

B. RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES SEGÚN LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SUJETOS CONTRACTUALES

- 1. Los contratos celebrados por las Instituciones públicas de educación superior de carácter profesional, tecnológica y técnicas
- 2. Los Contratos celebrados por el Banco de la República
- 3. Los contratos celebrados con las organizaciones no gubernamentales de reconocida idoneidad sin ánimo de lucro

CAPÍTULO SEGUNDO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LAS EMPRESAS Y ENTIDADES DE SERVICIOS PÚBLICOS

- 1. La contratación estatal de concesión de servicios públicos

administrativos

2. La contratación de servicios públicos asistenciales
 - 2.1. Contrato para la nutrición, protección y asistencia a la niñez, adolescencia y a las personas de la tercera edad
 - 2.2. Contratos de las Instituciones educativas públicas
 - 2.3. Contratos de las universidades e instituciones públicas de educación superior
 - 2.4. Contratos del sistema de seguridad social en salud
 - 2.4.1. La contratación del régimen contributivo
 - 2.4.2. La contratación del régimen subsidiado
 - 2.4.3. La contratación para el régimen vinculado del SSSS
 - 2.4.4. La contratación de las empresas promotoras de salud - EPS como instituciones aseguradoras contratantes
 - 2.4.5. La contratación de las instituciones prestadoras del servicio de salud - IPS como contratantes
 - 2.4.6. La contratación de las empresas sociales del Estado – ESE
3. Responsabilidad civil e instituciones reguladoras de las empresas prestatarias de los servicios públicos, y el deber de prevenir y sancionar conductas generadoras del daño patrimonial contractual
 - 3.1. Ministerio de salud y de la protección social
 - 3.2. Consejo nacional de seguridad social en salud
 - 3.3. Comisión de regulación de salud
 - 3.4. La Superintendencia nacional de salud
 - 3.5. Secretarías de salud de los entes territoriales
4. Responsabilidad civil y el daño patrimonial en la prestación de los servicios de salud en los distintos niveles de complejidad para la atención médico -quirúrgica
5. La responsabilidad civil y del Estado por incumplimiento e inobservancia del manual de Actividades, intervenciones y procedimientos del plan

obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud –
MAPIPOS de salud

6. La responsabilidad civil en la contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios
 - 6.1. De los servicios públicos domiciliarios
7. El deber de las instituciones reguladores de las empresas de servicios públicos domiciliarios de prevenir el daño patrimonial en la contratación de las entidades vigiladas en la prestación del servicio a usuarios y consumidores
 - 7.1. Ministerio de medio ambiente y desarrollo sostenible
 - 7.1.1. Comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico
 - 7.2. Ministerio de minas y energía
 - 7.2.1 La comisión de regulación de energía y gas
8. Ministerio de tecnologías de la información y las comunicaciones
 - 8.1 Comisión reguladora de telecomunicaciones
 - 8.2 Superintendencia de servicios públicos domiciliarios
9. Responsabilidad civil y régimen especial de contratación para la prestación de servicios de aseo, acueducto y alcantarillado
10. Responsabilidad civil y régimen especial de contratación para la prestación de servicio de energía y gas combustible
11. La Responsabilidad civil en la contratación y prestación del servicio en la generación, transmisión y comercialización de energía eléctrica
12. La responsabilidad civil en la contratación y prestación del servicio en la exploración, distribución y comercialización de gas combustible
13. La responsabilidad civil en la contratación y prestación del de telefonía básica conmutada

CAPÍTULO TERCERO. RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES

1. La responsabilidad civil en los contratos de concesión y licencias para la prestación de servicios públicos postales
 - 1.1 Prestación del servicio de correo ordinario
 - 1.2 Prestación de servicios especiales y financieros de correo
 - 1.3 Prestación de servicio de mensajería especializada
 - 1.4 Contratos de concesión para el servicio de correo
 - 1.5 Licencias para la prestación de servicios postales
2. Responsabilidad civil y el régimen especial en los contratos de concesión y licencias de actividades de telecomunicación
 - 2.1. Servicios de internet.
3. Responsabilidad civil y el régimen especial de los contratos de radio y radiodifusión
4. Responsabilidad civil y régimen especial de los contratos la prestación de telefonía móvil celular – TMC
 - 4.1 De las concesiones para la prestación del servicio- TMC
 - 4.1.1 Las sociedades privadas como sujetos contractuales en las concesiones para la prestación y operación del servicio-TMC
 - 4.1.2 Las sociedades de economía mixta concesionarias para la prestación y operación del servicio público- TMC
 - 4.1.3 La participación de las entidades del sector solidario de la economía en la prestación y operación del servicio TMC
 - 4.1.4 Tratamiento privilegiado para las acciones cuyos titulares sean entidades del sector solidario de la economía
 - 4.1.5 Valor de las acciones suscritas por entidades del sector solidario de la economía que prestan servicios -TMC
 - 4.1.6 De las empresas estatales que pueden ser concesionarias de

telefonía móvil celular

- 4.2 Procedimiento de selección y celebración de contratos estatales de concesión-TMC
 - 4.2.1 Registro especial de proponentes del Ministerio de las tecnologías de información y de las comunicaciones
 - 4.2.2 Planes de expansión de cubrimiento del servicio y de las redes de telefonía móvil celular
 - 4.2.3 Evaluación de las ofertas presentadas en la licitación pública para adjudicar la concesión-TMC
- 4.3. Celebración, suscripción, perfeccionamiento y ejecución del contrato de concesión para la prestación y operación del servicio -TMC
- 4.4 Causales especiales de caducidad de los contratos de concesión para la prestación de los servicios públicos de telefonía móvil celular-TMC
- 4.5 Cesión del contrato y enajenación de las acciones de las sociedades concesionarias prestatarias y operadoras de los servicios de-TMC
5. El daño patrimonial y los contratos de prestación de servicios de telefonía de comunicación personal – PCS
 - 5.1 Naturaleza jurídica de los sujetos contractuales concesionarios de prestación y operación del servicio -PCS
 - 5.2 Obligaciones de los contratistas concesionarios
 - 5.3 Pérdida del permiso, autorización o licencia para el acceso, uso y explotación del espectro electromagnético estatal
 - 5.4 Procedimiento de selección de los contratistas concesionarios para la prestación y operación de los servicios de PCS
 - 5.5 De los pliegos de condiciones para la presentación de ofertas, evaluación, adjudicación y celebración del contrato de concesión para la prestación y operación de servicios -PCS
 - 5.6 Evaluación y calificación de las propuestas u ofertas recibidas en la licitación pública

5.7 Audiencia pública de subasta para la adjudicación de a
concesión

5.8 Contraprestaciones económicas en el contrato de
concesión para la prestación y operación de los servicios de
comunicación personal

5.9 Celebración y perfeccionamiento del contrato de
prestación y operación del servicio de comunicación personal.

5.10 Causales de incumplimiento grave del contrato de
concesión

6. Responsabilidad civil y régimen especial de los contratos de prestación
de servicios de televisión

6.1 Contratos de concesión para la operación y prestación de
servicios de televisión

6.2. Contratos de concesión para la operación, prestación y
programación de espacios de televisión

6.3. Licencias para la operación y prestación de servicios de
la televisión comunitaria

7. Responsabilidad civil y régimen especial de los contratos de concesión
para la prestación de servicios de transporte público

7.1 Condiciones y requisitos para obtener licencias para la
prestación del servicio público de transporte terrestre
automotor de pasajeros metropolitano, distrital y municipal

7.2 Régimen de seguros y garantías contractuales

7.3 Adjudicación, contratación y acceso a la prestación del
servicio público de transporte

7.4 Adjudicación de rutas y frecuencias en el servicio básico

7.5 Evaluación de las propuestas u ofertas

7.6 Condiciones y requisitos para la habilitación y
adjudicación para la prestación del servicio público de
transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera.

8. Responsabilidad civil y contratos para la concesión de puertos marítimos y fluviales, retorno de inversión y daño patrimonial
 - 8.1. Contraprestación económica como cláusulas de remuneración en las concesiones portuarias
 - 8.2 Plazo del contrato de concesión de servicios portuarios
 - 8.2.1 El otorgante de la concesión portuaria
 - 8.2.2 Petición de concesión portuaria
 - 8.2.3 Oferta oficiosa de la concesión portuaria
 - 8.2.4 Gestión predial de la concesión portuaria
 - 8.2.5 Cambios en las concesiones iniciales
 - 8.2.6 Caducidad de las concesiones portuarias
 - 8.2.7 Contratos de concesión para la construcción, rehabilitación, mantenimiento, administración y prestación de los servicios portuarios
 - 8.2.8 Contratos de concesión para la construcción, rehabilitación, mantenimiento de los servicios de terminales de transporte terrestre
 - 8.3 Contratos para la concesión de aeropuertos
 - 8.4. Contratos para la concesión de terminales de transporte terrestres
9. Responsabilidad civil y régimen especial de los contratos de obra pública y concesión para la construcción, rehabilitación y mantenimiento de la red vial
 - 9.1 Cláusulas unilaterales en los contratos de concesión para la construcción, rehabilitación y mantenimiento de la red vial
 - 9.2 Garantías de ingreso como flujo financiero del proyecto concesional
 - 9.3 Gestión predial directa, indirecta y mixta
 - 9.4 Liquidación de los contratos estatales de concesión de infraestructura del transporte

10. Las reglas del Derecho de daños en la calificación del detrimento al patrimonio en los contratos de obra civiles, adquisición y suministro para garantizar la seguridad aeronáutica

CUARTA PARTE

RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y DAÑO PATRIMONIAL COMO ELEMENTOS ESENCIALES DE LA ECONOMIA DEL CONTRATO CONMUTATIVO ESTATAL

TITULO PRIMERO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL EN LA GESTIÓN PRE-CONTRACTUAL, DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL Y POST-CONTRACTUAL

CAPITULO PRIMERO. LA RESPSONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL OCURRIDO DURANTE LA FASE PRECONTRACTUAL

1. Responsabilidad civil-contractual por infracción del deber de planeación contractual
2. Responsabilidad civil-contractual y principio de legalidad precontractual:
3. Responsabilidad civil y el principio pre-contractual y el iter contractual
4. La responsabilidad civil- contractual y principio de libre concurrencia y de selección objetiva
5. La gestión precontractual de la administración pública constituye una herramienta de prevención del daño patrimonial
 - 5.1 La gestión financiera precontractual de la administración pública

5.2 La gestión de resultados en la fase precontractual de la administración pública

5.3 La valoración de los costos ambientales en la fase precontractual y prevención del daño patrimonial

CAPITULO SEGUNDO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL OCURRIDO DURANTE LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

1. El cumplimiento de los requisitos necesarios para la ejecución del contrato estatal que celebren las administraciones públicas
2. El daño patrimonial por incumplimiento de obligaciones en la fase de pre-construcción, construcción y de mantenimiento
3. La responsabilidad civil y las obligaciones de resultado del contrato
4. Responsabilidad civil y principio de legalidad durante la fase de ejecución del contrato estatal
5. La Responsabilidad civil y el principio de la ecuación económica y financiera del contrato estatal
6. La responsabilidad civil y el pago de prestaciones no cumplidas y en el recibo defectuoso de la prestación

CAPITULO TERCERO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL OCURRIDO DURANTE LA FASE POST-CONTRACTUAL Y/O DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL: PLAZO Y VIGENCIA DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

1. La responsabilidad civil y el principio de legalidad y garantías post contractuales

2. La responsabilidad civil y los actos concomitantes a la terminación y liquidación del contrato por mutuo acuerdo
3. El daño patrimonial en los actos concomitantes de terminación y liquidación unilateral del contrato y sus efectos

TITULO SEGUNDO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO CONMUTATIVO ESTATAL

CAPITULO PRIMERO. LA ECUACIÓN ECONÓMICA, RIESGOS CONTRACTUALES Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL- CONTRACTUAL EN LA GESTIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

1. Noción de ecuación contractual y la causa del daño patrimonial por causas imputables al contratante, al contratista, hechos de un tercero o causas imprevisibles
2. Elementos de la ruptura del equilibrio económico del contrato generadoras del daño, la asignación y distribución de los riesgos
 - 2.1 Hecho del príncipe: daño imputable al contratista estatal
 - 2.2 Ius Variandi: daño imputable al contratista y matriz de riesgos
 - 2.3 Incumplimientos obligacionales, mayor permanencia e intereses moratorios: daño imputable al contratista y matriz de riesgos
 - 2.4 Imprevisión y sujeciones materiales imprevistas durante la ejecución del contrato estatal: daño generado por externalidades del contrato que debe asumir las partes según el esquema de riesgos
 - 2.5 Caso fortuito y fuerza mayor: daño que asume el contratante.
3. Restablecimiento equilibrio económico del contrato: el deber de reparar

es de la parte que asume el riesgo y se le imputa la causa

4. La cuantificación del daño patrimonial para el restablecimiento el equilibrio económico del contrato

CAPITULO SEGUNDO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL RÉGIMEN DE GARANTÍAS: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO CIVIL-PATRIMONIAL COMO MECANISMO DE COBERTURA DE LOS RIESGOS CONTRACTUALES

1. Mecanismos de cobertura del riesgo de daños patrimoniales en los contratos estatales
2. Clases de garantías según la naturaleza del riesgo amparado y del daño a reparar
3. El daño patrimonial causado por la ocurrencia del siniestro del incumplimiento de las obligaciones contractuales

CAPITULO TERCERO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES OBJETO DE SOMETIMIENTO AL RÉGIMEN DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

1. Responsabilidad civil, daño patrimonial y arreglo directo
2. Responsabilidad civil, daño patrimonial y el amigable componedor.
3. Responsabilidad civil, daño patrimonial y el arbitraje
 - 3.1 Tipos de arbitraje
 - 3.2 La Cláusula compromisoria y el compromiso
 - 3.3 El laudo arbitral
4. Responsabilidad civil, daño patrimonial y conciliación
 - 4.1 Conciliación prejudicial
 - 4.2 Conciliación judicial
5. Responsabilidad civil, daño patrimonial y transacción

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA

APÉNDICE

- I. REPERTORIO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA CONSULTADA**
- II. REPERTORIO DE LA JURISPRUDENCIA UNIFICADA DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA CONSULTADA**
- III. REPERTORIO DE SENTENCIAS-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA CONSULTADAS**
- IV. REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGARARIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, Y SALA DE CASACIÓN PENAL CONSULTADAS**
- V. DOCUMENTOS CONPES DEL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION DE COLOMBIA**
- VI. LEYES Y DECRETOS DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**
- VII. CODIGOS DE LA LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMB**

ABREVIATURAS

A.L.J.A	Anales de Legislación y Jurisprudencia Argentina
A.C	Actualidad Civil
A.S	Acuerdos y Sentencias de la Suprema Corte de Buenos Aires
A.D.C	Anuario de Derecho Civil Español
art.	artículo

APP	Asociación Público-Privada
Bs. As.	Buenos Aires
Bta.	Bogotá.
B.M	Boletín Municipal
B.O	Boletín Oficial
B.O.C.G	Boletín Oficial de los Corte Generales
B.O.E	Boletín Oficial del Estado
C.N.C	Constitución de la Nación Colombiana
C.C	Corte Constitucional de Colombia
C.E	Consejo de Estado de Colombia
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia.
C.C.C.A	Código Único Civil y Comercial de la Nación Argentina
C.C.Co.	Código Civil Colombiano
C.C.I	Código Único Civil y Comercial Italiano

ABREVIATURAS

C. Com. C	Código de Comercio de Colombia
C.C.P	Código Civil del Perú
C.N.E	Constitución Nacional Española
C. Co. E	Código Comercio Español
C.C.J.C	Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil
	C.S.J.N Corte Suprema de Justicia de la Nación colombiana

CCOP	Contrato de Concesión de Obra Pública
CPC	Código Penal Colombiano
cit.	Citada
Cfr.	Confrontar
Dcto	Decreto
EGCAP	Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de Colombia
E.D	Revista Jurídica El Derecho
E.T.	Estatuto de Transporte de Colombia
C.T.T.C	Código de Tránsito y Transporte de Colombia
Ed.	Editorial
ed.	edición
ej.	Ejemplo
EM	Exposición de Motivos
J.A	Revista Jurídica de Jurisprudencia Argentina
L.L	Revista Jurídica la Ley

ABREVIATURAS

Pág./págs./pp	Página/Páginas
pár.	Párrafo
P.E.J	Poder Ejecutivo Nacional
R.D.C.O	Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones.
PJ	Poder Judicial
RADA	Revista Argentina de Derecho Administrativo, Buenos Aires

RAP	Revista de Administración Pública, Madrid, Instituto de Estudios Políticos
R.C.E.A	Reglamento de las Contrataciones del Estado Argentino
R	Resolución
RR	Resoluciones
Rgto	Reglamento
R.R.C.O.P	Reglamento Registro de Constructores de Obra Pública
R.J.A	Revista de Jurisprudencia Argentina
R.D.P	Revista de Derecho Privado
R.D.Pat.	Revista de Derecho Patrimonial
S	Sentencia
SS	Sentencias
Sgs.	Subsiguientes

ABREVIATURAS

Ref.	Referencia
últ.	último, últimamente
VVAA	varios autores
v.gr.	verbigracia
Vol.	Volumen
Vid	véase

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad contractual y el derecho civil patrimonial como régimen jurídico aplicable a la gestión de los contratos estatales merece la atención de la comunidad jurídica, en tanto son numerosos los autores sobre todo de la doctrina española que ha desarrollado estos institutos desde la perspectiva del contrato de Derecho privado, existiendo una independencia casi universal en el tratamiento que han venido dando otros doctrinantes del derecho administrativo cuando se trata de los contratos estatales.

En Colombia, el tema es actual e importante, toda vez que desde el punto de vista jurisprudencial y doctrinario estamos asistiendo a un periodo de ius privatización del

Derecho administrativo, y con el de ius privatización del Derecho de los contratos estatales. Así, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, *“Por la cual se expide el Estatuto de Contratación de la Administración Pública”* y que contiene las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, establece que *“ los contratos que celebren las entidades estatales...se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”*.

En este orden de ideas, es importante entonces, desarrollar las principales instituciones del Derecho civil aplicables a los contratos estatales, ya que se tornan en instituciones esenciales y transversales a todo debate y controversia contractual, sin importar si se trata de un contrato celebrado entre particulares o entre estos y las entidades estatales.

De allí que el contrato como instituto legal del Derecho civil, que cumple una función social y económica, y que se constituye en una herramienta para generar seguridad jurídica a los negocios entre particulares y también a la gestión de los contratos estatales, sea un asunto de interés para la el mundo real de los negocios, del tráfico jurídico de la sociedad, ya que esa seguridad jurídica que permite blindar los contratos celebrados, no es cosa distinta que el amparo legal de los Derecho que incorporan las partes al obligarse.

Es así como presentamos las mas importantes discusiones, de la doctrina nacional colombiana sobre la ius privatización del Derecho administrativo y de los contratos estatales, al punto que desde el punto de vista del desarrollo legal y de la jurisprudencia del máximo Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, encontramos que el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, - Ley 1437 de 2011-, al señalar cuales son los asuntos de su competencia, ha excluído el conocimiento de las controversias que se suscitan en virtud de la gestión de ciertos contratos estatales, como los que celebren las empresas sociales del Estado, las empresas públicas de servicios públicos

domiciliarios, los que se susciten entre los concesionarios del Estado y de terceros entre otros. Así mismo, encontramos como la misma jurisprudencia contencioso administrativa del Consejo de Estado colombiano, al resolver las controversias acude a la regulación del Derecho civil y comercial tales como la responsabilidad contractual-civil, sus elementos, el instituto del Derecho patrimonial regulado en el Derecho civil, el concepto de daño patrimonial, el deber de reparar, las causales de nulidad, de resolución de los contratos, de interpretación de los contratos etc.

1.1. INTERÉS CIENTÍFICO DE LA INVESTIGACIÓN

La responsabilidad contractual y el Derecho civil patrimonial, así como el daño patrimonial generado en la gestión de los contratos estatales, merece especial atención de la comunidad jurídica y de los sujetos contractuales, toda vez que las etapas precontractuales, de ejecución contractual y la post-contractual están permeadas por los institutos del Derecho privado, lo que nos motiva entonces, a establecer, ahondar, investigar sobre cada uno de éstos tópicos toda vez que son los que determinan los alcances de la responsabilidad civil contractual y con ello los daños patrimoniales que sufren las partes con ocasión de la celebración y ejecución de un contrato.

De allí, que si los problemas de la responsabilidad civil contractual, se producen por la inejecución de las obligaciones adquiridas en los contratos ya sea de Derecho privado o de Derecho de los contratos estatales y que se concretan en incumplimientos parciales, definitivos, o cumplimientos defectuosos de la prestación, entonces es importante realizar la investigación científica sobre cada uno de sus elementos de tal manera que como quiera que la tendencia del Derecho administrativo y del Derecho de los contratos estatales es la ius privatización, el presente estudio se constituya en un aporte moderno al desarrollo contemporáneo de cada una de las instituciones en comento para dicha jurisprudencia y doctrina a veces en la construcción de unas instituciones adecuadas al mundo moderno y real de los negocios, hoy cuando

hablamos de asociaciones públicas privadas para adoptar e implementar los grandes proyectos de infraestructura que requiere la sociedad y la economía de mercado.

1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Me propongo en la presente investigación estudiar las instituciones clásicas del Derecho privado, en especial del Derecho civil de la responsabilidad contractual, del daño patrimonial, de sus elementos, y de los contratos como instrumento de seguridad jurídica, y al evolución que ha venido teniendo en el mundo contemporáneo, producto de los avances de la doctrina, de las legislaciones, y de las exigencias de la economía de mercado y de la seguridad jurídica que exigen los sujetos contractuales ya sean contratantes particulares o contratantes estatales.

Así mismo, me propongo presentar las controversias de la doctrina nacional y de la misma jurisprudencia, sobre la ius privatización del Derecho administrativo y del Derecho de los contratos estatales, que ha hecho metástasis en la misma jurisprudencia contenciosa administrativa, quien no obstante ha venido adoptando las instituciones civiles del contrato a los contratos estatales, ha venido haciendo ejercicios *mutatis mutandi*, pero que la legislación ha venido generando una huida de la jurisdicción contenciosa administrativa, toda vez que existen un gran número de contratos celebrados por entidades estatales cuyo conocimiento es de la jurisdicción ordinaria.

En este estado de cosas, entonces el objetivo central además de enfrentar la problemática, y de evidenciar la tendencia de la doctrina y la jurisprudencia nacional, es la de avanzar en cada uno de los institutos patrimoniales del derecho civil aplicables a los contratos del Estado, con la finalidad de que sean aplicados por los operadores jurídicos en sintonía con lo que la justicia conmutativa del contrato exige para una sociedad con una economía de mercado, en donde cada vez mas el Estado hace sinergias con los particulares, ya que las grandes inversiones privadas

se hacen a través de esquemas de asociación público privadas, en donde necesariamente las exigencias privadas para su financiación son la aplicación de estas instituciones civiles del contrato a los negocios jurídicos que celebren con el estado, ya sea a través del típico contrato de obra pública con financiación privada o del típico contrato de concesión de obra pública, de infraestructura del transporte o de servicios públicos.

1.3. HIPÓTESIS

La sociedad moderna, y las tendencia del mercado a contribuido a que la disciplina del Derecho de los contratos de las administraciones públicas, la doctrina contemporánea, la jurisprudencia y el mismo legislador, -influenciada por la economía de mercado-, ha evidenciado la forma como se ha venido mutando las instituciones contractuales del Derecho común, a la gestión de los contratos estatales, al punto e vista de plantear que el ejercicio *mutatis mutandi* que hace el legislador y los operadores para interpretar los hechos que produce las causas para demandar de las fuentes del Derecho de los contratos los efectos, se materializan, se expresan y se traducen en la producción de normas, de tesis dogmáticas de la doctrina y de la misma jurisprudencia que blinden de seguridad jurídica los negocios contractuales tanto en los contratos de derecho privados celebrados entre particulares como de estos con las entidades estatales.

1.4. METODOLOGÍA

El punto de partida de esta investigación, la ubicamos en el periodo de investigación del Doctorado, donde desarrollamos dos investigaciones que partieron de dos

presupuestos: El primero, el contrato como herramienta de seguridad jurídica al patrimonio incorporado por las partes al celebrar el contrato; y el otro, el instituto de los riesgos contractuales como amenaza a la economía del contrato y al carácter conmutativo de las prestaciones del mismo.

Allí surgieron dos instituciones transversales a los contratos de Derecho Privado, aplicables a los contratos estatales. Luego, al hacerle seguimiento al desarrollo doctrinal, legislativo y jurisprudencial tanto del derecho patrimonial en Colombia, como los avances de la doctrina y la jurisprudencia nacional, como de la mutación que ha venido teniendo estos institutos contractuales del Derecho civil en la resolución de las controversias que se suscitan en la gestión de los contratos estatales, como en las forma como pactan las mismas estipulaciones contractuales en los contratos que celebran las administraciones públicas y habiéndose evidenciado una huída del derecho administrativo y del derecho de los contratos estatales para darle paso a las instituciones del Derecho civil como es la responsabilidad contractual de naturaleza civil, abordamos el estudio con las exigencias y profundidad exigida, para concluir que a partir de la tesis podíamos llegar a resultados concretos acerca de lo que esta pasando en el escenario jurídico nacional con este tema.

Así, luego de revisar toda la bibliografía nacional y extranjera recogida durante cinco años de docencia e investigación, así como el estudio y análisis de la jurisprudencia, doctrina y legislación procedimos a clasificarla, a estudiarla, y a revisar las tendencias de los autores y de la praxis contractual. Partiendo de ese escenario general logramos de manera deductiva abordar la investigación, procesar la información y llegar a los resultados concretos que se materializan en la escritura de este trabajo y de las conclusiones a que hemos llegado y que presentamos en este resultado.

PRIMERA PARTE

DEL DERECHO CIVIL- PATRIMONIAL EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

El contrato como herramienta legal, surge desde sus orígenes como la una necesidad del Derecho civil, de regular un instituto que permita a las partes blindar de seguridad jurídica los negocios que celebren los extremos de la relación contractual, toda vez que la enajenación, disposición y uso del patrimonio que es objeto principal del Derecho civil, debe ser objeto de amparo y protección cuando las partes al celebrar un contrato, cualquiera que sea su naturaleza, convengan contraer obligaciones que afecten los atributos patrimoniales de las personas que se obligan a dar, hacer o no hacer¹.

Es así como esa necesidad del Derecho civil de proteger el patrimonio de los particulares, también fue trasladado a los negocios jurídicos que el Estado liberal realiza con los particulares, pero orientados a finalidades y principios distintos. Lo que queremos significar es que el contrato administrativo surge entonces de las bases fundamentales aportadas por el Derecho civil, que le aporta los institutos patrimoniales, la noción de obligaciones de medio y de resultado, el concepto de

¹ El artículo 1495 del C.C. define el contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o de muchas personas.

contenido del contrato, la tipología de los contratos, los requisitos civiles de naturaleza, accidentales, la validez, eficacia, y con ellas las causales de nulidad del contrato, y los requisitos esenciales de objeto lícito, causa lícita y el consentimiento contractual exento de vicios ².

Los demás elementos especiales del contrato administrativo surgieron de la combinación de los actos de poder y de los actos de gestión como criterio de distinción para establecer cuales son los asuntos regulados por el Derecho administrativo y cuales por el Derecho privado, que surgen con el desarrollo del derecho administrativo del Estado moderno liberal, corriente que llega a nuestro medio hacia la mitad del Siglo XX³.

Es así como el Derecho administrativo toma las instituciones básicas del contrato de Derecho privado, y les introduce los principios del derecho administrativo, y las finalidades propias del Estado en el cumplimiento de sus cometidos esenciales. Es así como mientras para el contrato derecho privado que celebran los particulares entre sí, tiene una finalidad que está inmersa en la economía de mercado, esto es, el contratante tiene la finalidad de obtener la prestación económica contratada cuya finalidad es para sí; en el contrato administrativo la finalidad que persigue el Estado

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Sentencia de Agosto 14 de 2000, Referencia: Expediente No. 5577. "El contrato es un concierto de voluntades que por lo regular constituye una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando unas de otras como partes autónomas, porque de esta suerte se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de contrariar el querer de las partes, haciendo producir a la convención efectos que éstas acaso no sospecharon. En consecuencia, para establecer si entre las partes se celebró o no un determinado y específico contrato, se hace necesario verificar, en primer término, atendidas las cláusulas del negocio, si se cumplieron los requisitos esenciales que lo tipifican y, en segundo lugar, en caso de existir duda razonable o controversia al respecto, dilucidar cuál fue –a partir de la evidencia, que no de la intuición (gnoseología jurídica) o de la simple especulación- la intención real de los contratantes, más allá de lo que emerja del mismo texto del documento, con mayor si es una clausula en particular la que mina el alcance de aquél".

³ El artículo 822 del Código de Comercio, señala que "los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa".

contratante es la misma definida en el artículo 2º constitucional, el cual es la de estar al servicio de la comunidad, del interés general y el de satisfacer necesidades comunes y públicas de los asociados⁴.

Igualmente encontramos, que el Derecho privado en el proceso de formación del contrato y de selección del contratista, está sometido a la autonomía de la voluntad de las partes, esto es, el contratante establece las condiciones con las que quiere escoger la parte contratante, que casi siempre es el procedimiento de contratación directa sin mas requisitos que los que dispongan las partes que acuerdan el objeto, el precio, la forma de pago, salvo aquellos contratos que requieren formalidades especiales, como la compraventa de bien inmueble, de aeronaves, naves marítimas y fluviales que deben someterse a la formalidad de la escritura pública y al consiguiente registro en la oficina de instrumentos públicos y privados, en el registro aeronáutico de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y en el Registro Marítimo de la Dirección Marítima y Portuaria-DIMA, respectivamente.⁵

En relación a los contratos administrativos, el procedimiento de selección está permeado por esos principios del derecho administrativo, el de legalidad en especial para proteger derecho fundamentales, los principios constitucionales de la función administrativa, los principios orientadores de la contratación estatal de transparencia, moralidad, eficacia, economía, responsabilidad, el patrimonio público, así como también la finalidad pública de interés general que debe satisfacerse con la celebración y ejecución del contrato administrativo.

⁴ El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, dispone, que “son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente Estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo se definen:...”. Corte Constitucional, Sentencia C-949 de Septiembre 5 de 2001, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, Expediente D.3277.

⁵ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Contiene el desarrollo histórico y la exposición general de los principios de la legislación romana desde el origen de Roma hasta el Emperador Justiniano. Traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales, muy ampliadas en la presente edición por José Ferrández González, Editora Nacional, México 7, D.F. Pág. 51.

Es esto lo que justifica, que se apliquen a los contratos estatales, principios extraños y ajenos al contrato de derecho privado, tales como los procedimientos obligatorios de escogencias de los contratistas estatales a través de licitaciones públicas, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa; así también como las potestades excepcionales de caducidad, interpretación, modificación y terminación unilaterales que rompen con el principio de igualdad de las partes en el contrato de Derecho privado⁶.

Entonces la regulación del Derecho patrimonial que aplicamos en los contratos estatales, la tomamos de la definición que hace el Derecho civil de este, que lo concibe como parte del ordenamiento jurídico integrado por un sistema de normas y de instituciones cuya finalidad es la defensa de la persona, de los sujetos de derecho y la realización de sus fines dentro de la comunidad.

El Derecho patrimonial entonces, es aquella parte del Derecho civil que está comprendido por las normas y las instituciones que le permiten a los sujetos de derecho realizar y ordenar las actividades económicas del hombre, que con los posteriores desarrollos y avances sociales, este conjunto de normas civiles que integran el Derecho patrimonial a servidor para proteger las actividades económicas tanto de las personas naturales, como de las personas jurídicas en todas sus dimensiones, es decir, las personas jurídicas privadas y las personas jurídicas públicas, estando incluidas en este último las administraciones públicas⁷.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-400 del 2 de Junio de 1999. Corte Constitucional, Sentencia C-932 del 8 de noviembre de 2007, en el sentido que establece que los principios de transparencia, de selección objetiva e igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia o criterios de ponderación en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas.

⁷ Charles Aubry y Charles-Frédéric Rau: Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae. La mayoría de los autores trazan el origen de la teoría del patrimonio a la obra de Aubry y Rau de 1873. Ellos definen patrimonio como "el conjunto de relaciones jurídicas valorables en dinero, que son los activos o pasivos de una misma persona, y que se considera una universalidad jurídica" ("l'ensemble des rapports de droit appréciables en argent, qui ont pour sujet actif ou passif une même personne et qui sont envisagés comme formant une universalité juridique"). Lo anterior implica varias cosas:¹¹ Cada persona tiene un patrimonio (es, por decirlo así, una característica o atributo universal de las personas

Luego la dimensión patrimonial del instituto y las normas protectoras del patrimonio público, así como el surgimiento del instituto del contrato estatal y sus finalidades encuentran su origen en el Derecho civil⁸, y la justificación de su aplicación a los contratos estatales, es precisamente la de darle seguridad jurídica a las actividades económicas que desarrolle el Estado con los particulares y las administraciones públicas entre sí.⁹

y ese patrimonio es individual, único, indivisible. Sigue que el patrimonio como tal es diferente a lo que lo constituye (el patrimonio es como una bolsa, cuyo contenido son derechos de propiedad, etc.). Sigue también que no todos los derechos o bienes de una persona son patrimoniales (solo aquellos capaces de ser evaluados monetariamente). Finalmente, la mayoría de las autoridades que adoptan esta posición entienden los derechos desde el punto de vista subjetivo. Consecuentemente muchos autores se refieren a esta percepción como la concepción subjetiva del patrimonio (a diferencia del patrimonio objetivo). La teoría del patrimonio considera que el patrimonio es independiente de los bienes que una persona posea. Inclusive, una persona puede no tener ningún bien, y aún así, tiene un patrimonio. Es, en otras palabras, una aptitud para poseer, de tal forma que el patrimonio de una persona también incluye derechos de propiedad futuros. Los bienes de la persona forman un todo unitario que responde por las obligaciones que esta haya contraído, es decir, cuando una persona se obliga, obliga a la masa de bienes. El mejor ejemplo del resultado práctico de esta definición de patrimonio es el caso de los acreedores quirografarios. Desde este punto de vista se considera que el acreedor quirografario tiene un derecho personal sobre el patrimonio del deudor, pero no sobre los bienes. El deudor puede enajenar todos sus bienes y sustituirlos por otros totalmente distintos, y el acreedor no puede hacer nada para evitarlo, pero cualquiera que sean esos bienes, el acreedor continúa manteniendo su derecho. Así, el acreedor quirografario tiene un derecho personal sobre el patrimonio del deudor, pero no puede disponer sobre sus bienes (salvo un acto simulado con la intención por parte del deudor de perjudicarlo)."

⁸ Raymond Guillien, Jean Vincent, Serge Guinchard, Gabriel Montagnier, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz-Sirey, coll. «Lexiques», 15ª edición. 23 de junio de 2005. París (ISBN 2-247-06071-4)

⁹ Brenes Córdoba, Alberto (2001). *Tratado de los Bienes* (Séptima edición). Editorial Juricentro. pp. 27–28. ISBN 9977-31-101-3.

TÍTULO PRIMERO

LA TEORÍA DEL CONTRATO ESTATAL COMO INSTITUCIÓN DE RELACIONES JURÍDICO- PATRIMONIALES

El origen histórico de la categoría de *contractus*, lo encontramos en lo que etimológicamente viene del verbo *contrahere* referido a “lo contraído. Lo contraído es un negocio u obligación- *negotium contractum contracta-*, que le da un especial *vinculum iuris*.¹⁰

En el antiguo Derecho romano, para crear una obligatio era absolutamente necesario realizar ciertos actos solemnes y rituales – *nexum, sponcio, stipulatio-*, de tal manera que sólo a aquellos actos que generan obligación se les pueda llamar *contractus*. Luego el Derecho pretoriano admitió los denominados *judicia bonae fidei*, que consistía en que se podían contraer obligaciones excepcionales por el mero consentimiento o por el mero acuerdo de las partes y estaban limitadas a tipos muy concretos de negocios como la compraventa, arrendamiento, mandato, sociedad¹¹.

Los demás casos todos, el Derecho romano conoció la existencia de convenciones en las cuales una parte daba alguna cosa o hacia algo para recibir luego a cambio algo que la otra parte prometía a su vez dar o hacer, así como también utilizaba la figura de los pactos, que Ulpiano definía como acuerdos de voluntades que no generaban ningún efecto jurídico inmediato.

¹⁰ VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario. Coordinadora; CAPILLA RONCERO, Francisco; LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel María; MONTES PENADES, Angel María; ORDUÑA MORENO, Javier; ROCA TRIAS, Encarna, Derecho de las Obligaciones y Contratos, Valencia, 1995. Pág 76.

¹¹ Op, Cit. Petit Eugene. Pág 317.

El contrato en el Derecho romano por su parte define como contrato cuando las partes contraen una obligación que puede ocurrir por determinadas formas solemnes, con palabras rituales, o por suscribir un documento o por realizar un determinado comportamiento, y por pacto los Romanos entendían el puro acuerdo de voluntades que era por sí solo constitutivo de un nudo pacto y se encontraba por tanto desprovisto de acción¹².

La formación histórica del concepto moderno de contratos no se formó en el Derecho romano, este se produce con posteridad a esta época, con la confluencia de varias corrientes de pensamiento a saber:

La primera de ellas, es la doctrina del Derecho canónico, en donde los canonistas estaban muy influidos por motivaciones éticas y religiosas que imponen el deber de fidelidad a la palabra dada y el deber de veracidad, ya que faltar a una promesa es un engaño, mentiras y por tanto pecado. De allí surge el principio de que los pactos son para cumplirlos¹³.

La segunda corriente aparece desarrollada por el voluntarismo jurídico de la escuela escolástica por la necesidad práctica del tráfico mercantil y comercial de la época para liberar de trabas u obstáculos y formalismos a la contratación, de donde surge el principio que cualquier manera utilizada por el hombre para obligarse queda obligado¹⁴.

La tercera corriente de pensamiento surge con ocasión de la escuela natural racionalista de los siglos XVII y XVIII y el posterior desarrollo de la Escuela de la

¹² FERRIOL PUIG, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ; José Javier. Manual de Derecho Civil, Derecho de las obligaciones, Responsabilidad civil, Teoría General del Contrato. Tercera Edición, Marcial Pons, Madrid, 2004. Pág. 27.

¹³ Op. Cit. Pág. 135

¹⁴ Op. Cit. Pp. 140

Ilustración, ya que tenía como base el racionalismo y el individualismo jurídico que ponía de presente la voluntad del individuo y de la voluntad humana, encontrando que el fundamento racional de la creación de las obligaciones se encuentra en la libre voluntad de los contratantes¹⁵.

De esta manera se llega a la concepción moderna del contrato, que han adoptado los Códigos Civiles y Comerciales de la Europa continental y de Latinoamérica, que define que Contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan, siendo este contrato la piedra angular del derecho común, es decir del Derecho civil y el Derecho comercial, y su posterior adopción a los contratos estatales que suscriben las administraciones públicas en el mundo contemporáneo. El contrato es entonces, garantía de seguridad jurídica para las partes, y mas si se trata de los contratos estatales en donde hay una relación de desigualdad entre el contratante estatal y el contratista particular, ya que existen potestades excepcionales de las que puede hacer uso unilateralmente la administración, de tal manera que el contrato hoy por hoy es el límite del derecho en tanto a donde termina el contrato, comienza el imperio de la arbitrariedad y de la fuerza.¹⁶

Estos presupuestos planteados por la teoría del contrato, que luego de la configuración del concepto moderno es asumido por la teoría del contrato administrativo parte de tres presupuestos, siendo el primero de ellos, el presupuesto económico de una economía liberal fundada en el aforismo francés de *laissez faire* y el propósito de que las leyes del mercado actúan en el propio interés de las partes, de donde surge que en el contrato estatal, si bien el particular contratista persigue

¹⁵ ALESSANDRI R., Arturo; Somarriva U, Manuel; Vodanovic H, Antonio. Tratado de las obligaciones. Volúmen I, De las obligaciones en general y sus diversas clases. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pág. 12 y ss.

¹⁶ ALESSANDRI R., Arturo; Somarriva U, Manuel; Vodanovic H, Antonio. Tratado de las obligaciones. Volúmen II, Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, de la protección de los derechos del acreedor, de la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pág. 36 y ss.

una finalidad lucrativa de utilidad para sí, y el Estado la finalidad de satisfacer intereses generales, el particular al contratar con el Estado debe asumir la carga de asumir el rol de colaborador del Estado, sin perjuicio de la utilidad que aspira a percibir, hoy por hoy de acuerdo a los riesgos asumidos por las partes en el contrato¹⁷.

El segundo presupuesto ideológico de la concepción moderna del contrato estatal, consiste en que salvo el interés general y público que le asiste al Estado en el ejercicio de potestades excepcionales al Derecho común para decretar la caducidad, imponer unilateralmente una multa, la declaración de incumplimiento administrativo con fines de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la modificación, terminación e interpretación unilateral, en los demás aspectos, estipulaciones y reglas del contrato se configura la aplicación del principio de igualdad de las partes pública y privada en el contrato estatal¹⁸.

El tercer presupuesto ideológico y socioeconómico del contrato, consiste en el carácter de instrumento de seguridad y certeza jurídica que le da la concepción moderna, a los contratos estatales, para darle el carácter de formal y solemne a todos los contratos estatales, por el deber que tienen las administraciones públicas de celebrar los contratos públicos la forma y solemnidad de hacerlos constar por escrito, y con las formalidades propias del procedimiento administrativo contractual¹⁹.

CAPÍTULO PRIMERO. DERECHO CIVIL-PATRIMONIAL Y CONTRATOS ESTATALES

¹⁷ FARRANDO; Ismael. Contratos Administrativos. LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002. Pág 409.

¹⁸ Op. Cit. Pp 459.

¹⁹ Artículo 41 de la Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación de la Administración Pública: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”.

SUMARIO: 1. Derecho patrimonial, patrimonio público y privado en el contrato estatal. 2.- Concepto, elementos y estructura de la relación jurídico- patrimonial y la seguridad jurídica contractual. 3.-El contrato estatal como negocio jurídico patrimonial y la seguridad jurídica contractual. 4.-Las atribuciones patrimoniales injustificadas y la teoría del enriquecimiento sin causa

El Derecho patrimonial, cumple la función de toda sociedad pretende establecer unas reglas que permita la distribución y atribución de los bienes económicos entre los distintos miembros de la comunidad y de la sociedad que acuerdan suscribir un contrato con la atribución de determinados bienes, servicios, obras, aún cuando es el Estado una de las partes contrayentes.

Como quiera que el contrato estatal es la herramienta de las administraciones públicas para la búsqueda de la satisfacción de necesidades y de la realización de los diversos fines del Estado en el orden social, que exige unas reglas en virtud de las cuales una parte de la relación obligacional realizan prestaciones de servicio a favor de otras y la tradición de los bienes económicos de una a la otra, podemos afirmar entonces que hay un vínculo inescindible entre el contrato estatal y el Derecho patrimonial, ya que este último regula las diferentes operaciones que las partes contratantes y contratistas realizan en relación con los bienes y servicios de carácter económico²⁰.

1. Derecho Patrimonial, patrimonio público y privado en el contrato estatal

Existe una relación inescindible entre el Derecho patrimonial que es parte del Derecho civil, el patrimonio privado de las personas naturales y jurídicas de Derecho

²⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-246 del 16 de marzo de 2004 y Sentencia C-772 del 10 de diciembre de 1998.

común, y el patrimonio público de las administraciones públicas, cuya seguridad jurídica se garantiza con el instituto del negocio jurídico fuente de las obligaciones que conocemos como contrato²¹.

En este orden de ideas, observamos que el contrato estatal es el instituto jurídico donde convergen tanto bienes económicos que constituyen patrimonio público del Estado contratante, como el patrimonio privado del particular contratista. Ocurre esto cuando por ejemplo en un contrato estatal, el contratante público realiza un pago anticipado al contratista, o el desembolso del anticipo, por lo cuales se afirma entonces, que el contrato compromete recursos del patrimonio público; pero el particular contratista también compromete su patrimonio al disponer sus bienes para ponerlos al servicio de la ejecución del contrato, para ejecutar las obligaciones contraídas y facturarlas luego de las entregas parciales del objeto contratado, o como cuando en el contrato de concesión, es el concesionario como contratista particular quien invierte de manera anticipada los recursos privados durante la ejecución del contrato, que luego debe recuperar su inversión dentro plazo contractual establecido en el contrato, mediante el cobro de una tarifa, tasa o contribución²².

El patrimonio tanto público como privado comprometido en un contrato estatal aparece como un conjunto unitario de relaciones jurídicas en las que el ordenamiento lo configura como una unidad jurídica, ya que está sujeta a un régimen unitario de poder del Estado, y de responsabilidad tanto de la administración pública contratante, como del particular contratista.

El Derecho patrimonial es una unidad fundamental, integrada por el derecho de las obligaciones y el Derecho de las cosas. El Derecho de las obligaciones estudia las sus fuentes, en especial el contrato, desarrollando de manera detallada todas sus

²¹ DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II. Las relaciones obligatorias. Editorial Civitas, Madrid, 1996, Pág. 241.

²² URUETA ROJAS, Juan Manuel. El contrato de concesión de obras públicas. Segunda Edición. Grupo Editorial Ibáñez, 2010, pág. 147.

tipologías, tanto del contrato de Derecho privado, como de derecho administrativo. El Derecho de las cosas, estudia el régimen de la propiedad; y los dos integran una unidad superior que es el Derecho patrimonial o Derecho de bienes²³.

El orden constitucional protege el derecho a la propiedad en su artículo 58 Superior, que señala como cometido estatal el deber de garantizar la propiedad privada y los demás derechos adquiridos, pero igualmente le asigna a la propiedad una función social que implica obligaciones, verbi gracia, que la propiedad sea productiva y este al servicio del desarrollo económico del país, está al día en sus obligaciones tributarias para contribuir a financiar los gastos del Estado, así como también cumple con sus obligaciones ambientales, lo que significa que este propietario está cumpliendo con la función económica y social que le asigna la constitución política a la propiedad privada.

Así mismo, encontramos otros principio del núcleo esencial del orden económico estatal propios de los Estados liberales, que permean jurídicamente los contratos estatales e inspira nuestro Estatuto de Contratación Estatal, y es lo que conocemos como el derecho a la iniciativa privada, a la libre empresa y a las libertades económicas. Estos elementos, que son los mas importantes en una economía abierta, son las reglas de la libertad de mercado, la libertad de empresa, la libre concurrencia y la libre contratación, conforme lo señala el artículo 333 constitucional. Estos principios en materia de contratación se expresan, en el Derecho que tienen las personas y los empresarios a competir en un mundo de mercado, garantizándoles la mayor publicidad, y la libre concurrencia en los procesos públicos de selección de contratistas, el Derecho a presentar su oferta, a

²³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Segunda Edición. Granada, España. Editorial Comares S.L. 2001, Pág. 12.

celebrar el contrato que les fuere adjudicado, y a ejecutarlos con las garantías presupuestales de pago de las prestaciones ejecutadas²⁴.

2. Concepto, elementos y estructura de la relación jurídico- patrimonial

La relación jurídica es aquella que se establece entre dos o mas personas a través de herramientas idóneas para la realización de unos fines e intereses merecedores de tutela por parte del Estado organizado y dispuesto por el ordenamiento jurídico. La relación jurídica es de orden patrimonial, cuando versa sobre bienes, servicios o intereses de naturaleza económica y que será privada si se realiza entre dos particulares, pero cuando uno de los dos extremos de la relación contractual son las administraciones públicas, la relación es de Derecho público, administrativa y propia del régimen jurídico de la contratación estatal²⁵.

En las relaciones patrimoniales que se contraen con el contrato estatal, se puede identificar los elementos estructurales, y otros que integran el contenido de la relación obligacional de carácter estatal. Estos elementos estructurales son esencialmente los sujetos y el objeto del contrato, y el contenido está dado por la relaciones de poder del Estado y los sujetos contractuales, es decir, el contratista se coloca frente al objeto del contrato, para configurar la tipología contractual, de donde surge la llamada posición jurídica del administrado- contratista y la posición jurídica del administrador- contratante estatal.

En la contratación estatal, los sujetos de la relación jurídico-patrimonial está regulada en el artículo 2º 6 y 7º de la Ley 80 de 1993, que básicamente establece, los sujetos contractuales singulares y plurales. Los singulares para referirse a las entidades

²⁴ HOYOS GARCIA, José Fernando; BETANCURT HINCAPIÉ, Guillermo; GARCÉS VÁSQUEZ, Pablo Andrés; VÉLEZ RUIZ, Juan Paulo; BELTRAN BEDOYA, Juan Carlos; OROZCO MONTOYA, Rodrigo. La contratación estatal: una visión desde el derecho privado hacia lo público. Biblioteca Jurídica Dike, Primera Edición 2015. pág. 120 y ss.

²⁵ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Angel. Contratación de las Entidades Estatales. Responsabilidad y Contratación Pública. Séptima Edición. 2014. Librería Jurídica Sánchez Ltda., pág. 73.

estatales que tienen competencia para celebrar contratos estatales, y de la otra parte, los sujetos contractuales que son personas naturales o personas jurídicas de Derecho. Igualmente los oferentes plurales, que son los consorcios, uniones temporales y promesas de sociedad futura, a quienes la ley habilita para presentar ofertas, celebrar contratos, ejecutar las obligaciones adquiridas y liquidar el contrato estatal²⁶.

Por su parte, el objeto de las relaciones patrimoniales contenidas en los contratos estatales está determinado o constituido por los bienes y servicios sobre los que recae la prestación, esto es, los bienes materiales ya sean muebles, inmuebles, semovientes, las energías de la naturaleza como la eléctrica, eólicas, los bienes inmateriales o creaciones intelectuales del espíritu humano, o ingenio del hombre tales como las distintas modalidades del contrato de consultoría. Lo anterior se contrae, al objeto del contrato, a las obligaciones comunes de las partes, a las

²⁶ Ley 80 de 1993. Artículo 6º.- De la Capacidad para Contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales. Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más. Artículo 7º.- De los Consorcios y Uniones Temporales. Para los efectos de esta Ley se entiende por: 1. Consorcio: 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. 2. Unión Temporal: 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. Parágrafo 1º.- Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad. Parágrafo 2º.- Derogado por el art. 285, Ley 223 de 1995 decía así: "Para efectos impositivos, a los consorcios y uniones temporales se les aplicará el régimen previsto en el Estatuto Tributario para las sociedades pero, en ningún caso, estarán sujetos a doble tributación." Parágrafo 3o. *En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios.*

obligaciones especiales del contratista y a las obligaciones especiales del contratante.

El contenido de la relación patrimonial, contenida en el contrato estatal, esta dada por los Derechos subjetivos patrimoniales, a través de las cuales se le atribuye la protección consiguiente de una esfera de ejercicio del poder de señor y dueño sobre los bienes necesarios para el desarrollo del contrato, de la empresa y en especial para el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Los Derechos patrimoniales sobre el contrato estatal, son aquellos Derechos subjetivos cuya finalidad consiste en la atribución dada al contratante y/o contratista de un poder de contenido económico o de un poder de disposición de los bienes de naturaleza económico contenidos en el contrato estatal²⁷.

Finalmente, es preciso señalar que la función económica de los Derechos patrimoniales contenidos en el contrato estatal, nos permite clasificarlos en Derechos de disfrute y Derechos de obligación, en donde el primero, otorga sobre su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa, es el caso de los contratos de ejecución instantánea como el de, compra venta de bien mueble o inmueble, mientras que en el segundo, los Derechos de obligación, son de tracto sucesivo en cuanto las dos partes celebran un contrato para ejecutarlo dentro de un plazo determinado, y es el caso del contrato de suministro de tracto sucesivo, el contrato de obra pública, o las concesiones viales y de servicios públicos.

3. El contrato estatal como negocio jurídico- patrimonial y la seguridad jurídica contractual

El contrato estatal como negocio jurídico patrimonial, es el acto de autonomía de las

²⁷ Ley 80 de 1993. Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación.

partes que reglamenta para los contrayentes una determinada situación jurídica, cuyo efecto es el de constituir, modificar o extinguir entre las partes una situación jurídica, para establecer unas reglas de conducta por las que debe regirse los derechos y obligaciones recíprocas que recaen sobre los contratantes²⁸.

Las naturaleza de los negocios jurídicos patrimoniales, permiten mantener los principios de toda esencia de los contratos, y en especial el interés público que le asiste a los contratos estatales a saber: La autonomía de la voluntad, la autonomía privada en la relación, la libertad individual y la aplicación de la idea de conmutatividad del comercio jurídico, la observancia de aquella conducta que exige en cada caso la aplicación del principio contractual de buena fe, cuyo fundamento constitucional es el artículo 83 de nuestro ordenamiento constitucional.

El principio de seguridad jurídica, es propio de los Estados democráticos de Derecho, que tiene tres dimensiones a saber: el primero, la seguridad y estabilidad del ordenamiento; el segundo, la seguridad de los derechos,; y el tercero, la seguridad en el tráfico jurídico.

La seguridad jurídica lleva consigo la certidumbre y conocimiento del sistema normativo-jurídico en una situación determinada de tal manera que se pueda predecir o pronosticar los resultados o consecuencias que se puedan derivar. De allí, que la seguridad jurídica incorpora la institucionalización del principio de legalidad del régimen²⁹.

²⁸ ALESSANDRI R., Arturo; Somarriva U, Manuel; Vodanovic H, Antonio. Tratado de las obligaciones. Volúmen III, Modificación y extinción de las obligaciones. Segunda Edición ampliada y actualizada.. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pág. 121 y ss.

²⁹ Cfr. Sentencia C- 250 de 2012. Magistrado Ponente Dr. HUMBERTO SIERRA PORTO "Sobre la seguridad jurídica se consigna en la sentencia T-502 de 2002: "3. La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede

El principio de seguridad jurídica, igualmente comprende la seguridad de los derechos subjetivos de las personas, como por ejemplo, la garantía y respecto de los derechos adquiridos conforme al ordenamiento jurídico. Por último la seguridad jurídica, también comprende la seguridad del tráfico jurídico, ya que en el mundo real de los negocios, es necesario la protección de la confianza razonable que objetivamente merezca una situación creada por una persona en sus relaciones contractuales.

4. Las atribuciones patrimoniales injustificadas y la teoría del

invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas // En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado. En el plano constitucional ello se aprecia en la existencia de términos perentorios para adoptar decisiones legislativas (C.P. arts. 160, 162, 163, 166, entre otros) o constituyentes (C.P. Art. 375), para intentar ciertas acciones públicas (C.P. art. 242 numeral 3), para resolver los juicios de control constitucional abstracto (C.P. art. 242 numerales 4 y 5). En el ámbito legal, las normas de procedimiento establecen términos dentro de los cuales se deben producir las decisiones judiciales (Códigos de Procedimiento Civil, Laboral y de seguridad social, penal y Contencioso Administrativo), así como en materia administrativa (en particular, Código Contencioso Administrativo) // 4. La existencia de un término para decidir garantiza a los asociados que puedan prever el momento máximo en el cual una decisión será adoptada. Ello apareja, además, la certeza de que cambios normativos que ocurran con posterioridad a dicho término no afectará sus pretensiones. En otras palabras, que existe seguridad sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación jurídica respecto de la cual se solicita la decisión. Ello se resuelve en el principio según el cual las relaciones jurídicas se rigen por las normas vigentes al momento de configurarse dicha relación, que, en buena medida, se recoge en el principio de irretroactividad de la ley; en materia penal, debe señalarse, existe una clara excepción, por aplicación del principio de favorabilidad, que confirma la regla general // Al considerarse, en el ámbito de la certeza y estabilidad jurídica (seguridad jurídica), la existencia de precisos términos para que la administración o el juez adopten decisiones y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, se sigue que dichos términos fijan condiciones de estabilización respecto de los cambios normativos. De ahí que, durante el término existente para adoptar una decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión. Es decir, una vez vencido el término fijado normativamente para adoptar una decisión opera una consolidación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Consolidación que se torna derecho por razón del principio de seguridad jurídica y, además, constituye un elemento del principio de legalidad inscrito en el derecho al debido proceso”.

enriquecimiento sin causa

En el contrato estatal ha sido de recibo la doctrina del enriquecimiento sin causa justificada, inspirado en el principio del Derecho civil- patrimonial que consiste en que el intercambio de bienes y servicios, debe desarrollarse de acuerdo a las disposiciones del ordenamiento jurídico, con la finalidad de realizar o cumplir los postulados de la justicia conmutativa, sobre la base que los contratos administrativos se debieron celebrar de manera lícita y válida, en defensa del postulado que todo desplazamiento patrimonial de un contratista a su contratante y viceversa, todo enriquecimiento y toda atribución patrimonial para ser lícitos, debe fundarse en causas y razones establecidas en el ordenamiento jurídico como justas; de tal manera que cuando una atribución patrimonial no esta fundada u originada en una justa causa, el beneficiario contractual de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento, y correlativamente surge una acción pretensión a favor del empobrecido para obtener y reclamar su objeto de restitución.

La doctrina nacional y la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ha venido aceptando la teoría del enriquecimiento sin causa y la **acción in rem verso**, sobre la base de los requisitos que deben concurrir para que sea viable una pretensión de enriquecimiento sin causa contractual justa, señalando tres presupuestos a saber: El enriquecimiento del demandado, el correlativo empobrecimiento del actor, y la falta de causa justificación del enriquecimiento³⁰.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. "Siguiendo las reglas establecidas por la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, del 19 de noviembre de 2012, la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por el enriquecimiento sin justa causa sólo podrá proceder en tres hipótesis cuando el enriquecimiento injustificado que se invoca proviene de la ejecución de prestaciones que debían encontrarse amparadas por la celebración de un contrato estatal pero cuya ejecución se hubiere producido con pretermisión de las exigencias y/o formalidades de carácter legal: i) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium, constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con

En virtud de las prestaciones pactadas en un contrato, puede ocurrir diversas formas de la producción del enriquecimiento sin causa contractual justa que es la diferencia entre el estado actual del patrimonio, contenido, incorporado y regulado en el contrato estatal, y el estado que el patrimonio tendría si el desplazamiento ilegítimo de bienes no se hubiera producido. El daño patrimonial se puede distinguir y establecer igualmente a través de un daño efectivo o disminución del patrimonio y un daño que se produce por la ganancia dejada de obtener, o lo que es lo mismo, el lucro no logrado o adquirido. Así mismo se establece el enriquecimiento no producido por la disminución del patrimonio y un enriquecimiento producido por un aumento del mismo.³¹

Así mismo, encontramos que el enriquecimiento positivo se produce cuando en virtud

prescindencia del mismo. ii) En los casos en que resulte urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud; urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, para lo cual se debe verificar, en todo evento, que la decisión de la Administración Pública frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación. iii) En las situaciones en las que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la Administración Pública omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, siempre que se trate de casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4o de la Ley 80 de 1993”.

³¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-26-000-2000-02011-01(24969) “No sobra resaltar, como lo hizo la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de unificación reseñada, que el reconocimiento del enriquecimiento sin justa causa en el marco del proceso Contencioso Administrativo no tiene la finalidad de recompensar a las partes que deliberada o voluntariamente han actuado por fuera de la legalidad o con violación de las normas contractuales, puesto que en tales eventos lo que se busca solamente es garantizar el equilibrio de las relaciones patrimoniales cuando quiera que un particular estuviere en alguna de las hipótesis señaladas anteriormente y por ello realizó unas prestaciones a favor de una entidad pública aún cuando ellas no hubieren tenido un soporte contractual, tal como ocurrió en el caso que ahora se decide en segunda instancia y desde otro punto de vista busca evitar el enriquecimiento indebido por parte de la Administración Pública o el abuso en el ejercicio de sus derechos y competencias, todo lo anterior en el marco de los Principios Generales del Derecho y de los artículos 83 y 95 de la Constitución Política, pero no podría prohijar, bajo ningún pretexto, el desconocimiento claro de las normas legales que rigen la contratación estatal”.

del contrato estatal, una de las partes produce un aumento efectivo de su patrimonio, bien por un incremento del activo patrimonial, o bien por una disminución del pasivo. Esto suele suceder si la administración contratante paga al contratista prestaciones no ejecutadas, o porque habiéndose presentado la obligación del contratista de amortizar el anticipo esta lo releva de la Obligación presentándose una disminución del pasivo del contrato.³²

El enriquecimiento negativo se presenta, cuando se evita en todo o en parte la disminución del patrimonio del contratista, que de otro modo necesariamente tendría que producirse, ya que la no realización de un gasto por parte del contratista para realizar una obra que presenta problemas de calidad y estabilidad, comporta un ingreso al contratista con el correlativo empobrecimiento del estado contratante, que tiene que invertir nuevamente recursos para la construcción o rehabilitación de la obra.

Para que exista el enriquecimiento sin causa de parte del contratista estatal, debe presentarse un correlativo empobrecimiento del contratista particular, en cuanto este debe comportar un sacrificio en el patrimonio de la parte empobrecida. Este empobrecimiento es una pérdida pecuniaria apreciable que sale del patrimonio del demandante como por ejemplo la entrega de bienes suministrados al Estado sin que el contratista haya recibido su precio, o en la prestación de un servicio o construcción de una obra por la cual no se ha recibido retribución, remuneración, contraprestación o pago.

El enriquecimiento sin causa del contratante exige un correlativo empobrecimiento del contratista, lo cual se evidencia y prueba con la relación de causalidad entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante, y que el empobrecimiento del actor sea la causa del enriquecimiento del demandado. La

³² A. VON THUR. Monero Pérez, José Luis. Tratado de las Obligaciones. Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho, Editorial Comares, Granada, 2007, pp. 239.

acción in rem verso, es de naturaleza subsidiaria, en la medida en que cuando quiera que existan otros medios procesales como la acción de controversias contractuales esta será la vía procesal para exigir la prestación, mientras que la acción in rem verso supone la imposibilidad de reclamar la prestación por la vía contractual, para que el actor pueda acudir a la jurisdicción contenciosa pero a través de la acción de reparación directa³³.

CAPÍTULO SEGUNDO. PATRIMONIALIDAD COMO ELEMENTO DE LA OBLIGACIÓN EN EL CONTRATO ESTATAL

SUMARIO. 1. La patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad de la obligación. 2.-La prestación debida: las obligaciones de medio y obligaciones de resultados. 3.-Obligaciones de dar en los contratos estatales. 3.1.-La obligación de dar en la prestación de entrega, traspaso y transmisión de derechos. 3.2.-La obligación de dar en los contratos estatales como prestación de resultado. 4.-Las obligaciones de hacer en los contratos estatales. 4.1.-La prestación en las obligaciones de hacer. 4.2.- Criterios de distinción de las obligaciones de hacer en los contratos de medio y de resultado. 4.3.-Las obligaciones de hacer en los contrato de prestación de servicios y de consultoría. 4.4.-Las obligaciones en los contratos de resultado.5.-Las obligaciones negativas de no hacer en los contratos estatales

1. La patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad de la obligación

La patrimonialidad de la prestación y de la obligación, está precedida de la responsabilidad como sanción a quien se constituye como deudor por causas

³³ Consejo de Estado.
"A"

dos mil catorce (2014). Radicación : Expediente : 760012331000199900522-01

contractuales o extracontractuales. En este caso, la responsabilidad civil -contractual se presenta cuando con ocasión de un una conducta o comportamiento realizado por un sujeto de la relación contractual en la etapa de formación, celebración, ejecución o de liquidación del contrato estatal, la parte deudora debe cumplir con el la prestación contractual a la parte acreedora, ya que la responsabilidad encuentra su justificación en el concepto del deber jurídico, pues se es responsable porque se debe o se ha debido algo, como forma de sanción al incumplimiento de las obligaciones contractuales y a los deberes que surgen de esa relación patrimonial, teniendo en cuenta la posición jurídica que asuma en el contrato administrativo el deudor respecto del acreedor contratante o contratista.³⁴

La patrimonialidad de las prestaciones y de las obligaciones en el contrato estatal, son de recibo en la cláusula del precio del contrato y su forma de pago. Por patrimonialidad de las obligaciones entendemos, el valor y contenido económico de cada prestación singular, por ejemplo, en un contrato de obra a precio unitario, la prestación es cada uno de los ítems que integran las cantidades de obra como la implantación de los diseños estructurales, las redes sanitarias, las redes eléctricas etc.; cada una de ellas en sí, constituyen un valor individualmente considerado.

En aquellos contratos de obra a precio global, donde las obligaciones se miran como un todo, donde el contratista se compromete a ejecutar toda la obra por su cuenta y riesgo, por el valor total pactado en el contrato desde su celebración, de tal manera que el incumplimiento en el precio global, constituye la patrimonialidad de la obligación global, mientras que un contrato a precio unitario, como en el de obras o suministros de bienes, la patrimonialidad de la prestación no se refiere al cumplimiento o incumplimiento de todo el contrato, sino en relación al valor y entrega de cada unidad de los bienes y servicios estipulados en el negocio jurídico.

³⁴ FLUME, Werner. El negocio jurídico. Fundación Cultural del Notariado, Europa, Nihil Prius Fide, Madrid, España. 2010. Pág. 177.

Es importantes esta clasificación, para la valoración de los cumplimientos o incumplimientos en los contratos, y también para revisar sus relaciones de pago, y revisiones de cumplimiento parcial, o cumplimiento defectuoso del contrato, o el incumplimiento total del contrato por defectos de calidad y estabilidad, como presupuestos de hecho de la relación jurídica existente entre la obligación, la prestación, el acreedor y el deudor contractual, cuyo incumplimiento en cualquiera de sus modalidades hace exigible su cumplimiento, la reparación del daño contractual producido por el deudor de la prestación y que sufre el acreedor del mismo³⁵.

2. La prestación debida: las obligaciones de medio y obligaciones de resultado

El Código civil colombiano, define el objeto de la obligación, como la prestación debida por el contratista al contratante, y lo debido por el primero, es siempre un comportamiento o una conducta, que es la prestación contractual.³⁶

La prestación debida entonces como objeto de la obligación, tiene dos dimensiones: de una parte, tiene una relación directa con la tipología del contrato, puesto que este se obtiene de su naturaleza y esencia; de tal manera que de acuerdo a la prestación, el contrato será de obra, concesión, de suministro, arrendamiento, prestación de servicios etc.

Y en cuanto a la ejecución del contrato, la prestación debida, impone una serie de deberes, que en razón a cada tipología contractual, requiere de la realización de los actos necesarios para preparar la prestación contemplada en la obligación, y la realización de los actos de conservación de la prestación, contemplada en la

³⁵ Op. Cit. FLUME, Werner, Pág. 180.

³⁶ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Concepto, Estructura y Vicisitudes, Tercera Edición. Tomo I. Ediciones Universidad Externado de Colombia. 2007.

obligación contraída en el contrato estatal. la realización de actos de conservación de la prestación antes de ser entregada al contratante, y los deberes de provisión de los sucesos que pueden introducir mutaciones al programa de cumplimiento, es lo que la Ley 1150 de 2007, le denomina riesgos ordinarios previsibles, y riesgos extraordinarios imprevisibles³⁷.

En este escenario, encontramos que en los contratos estatales se contraen obligaciones, en cuyo objeto es preciso identificar el carácter y naturaleza de las prestaciones que determinan su cumplimiento. Las obligaciones contenidas en los contratos estatales de prestación de servicios y de representación, defensa judicial de las entidades públicas por ejemplo, son un medio de satisfacción de intereses del estado contratante, en tanto satisface la necesidad de que el Estado garantice el ejercicio que tiene a la defensa técnica en cuanto debe contratar los abogados que lo defiendan de los procesos que le incoen los particulares en defensa de sus intereses, lo que significa que la prestación del contratista es la obligación de hacer una defensa técnica en donde ponga a disposición toda la diligencia, cooperación y empeño para la defensa de los derechos de su mandatario-representado.

Dada la naturaleza del objeto material que recae sobre las obligaciones adquiridas en el contrato estatal de prestación de servicios, procedemos a calificar esas obligaciones como de medio, en tanto el Abogado-apoderado no puede garantizar un resultado a su cliente, porque este depende de las vicisitudes propias del proceso judicial, y el fallo es de competencia exclusiva del juez.

En los contratos estatales donde las obligaciones adquiridas son de resultados, -de creación doctrinaria y jurisprudencial-, después de analizar la naturaleza y características del compromiso contractual asumido y el sistema de riesgos del contrato, encontramos que el deudor contratista queda obligado a la entrega y

³⁷ MELÉNDEZ JULIO, Inocencio. La responsabilidad contractual en el derecho público de los contratos estatales. Tomo I. Ediciones Doctrina y Ley, 2009. Bogotá D.C., Pág. 280.

obtención de una actividad concreta, tanto en términos cualitativos como cuantitativos.

En estos contratos estatales, las obligaciones de hacer, son las propias de resultado, que es el efecto jurídico querido por las partes de la relación contractual. En los contratos de obra civil, el resultado es la entrega de obra, en los contratos de concesión es la construcción, operación y prestación del servicio, y en los contratos de compra-venta y de suministro de bienes y servicios, es la entrega de estos en la cantidad, calidad y precio contratado.³⁸

Así las cosas, encontramos que la calificación de las obligaciones en cuanto a su naturaleza, es útil e indispensable para efectos de determinar la responsabilidad civil contractual, por cuanto el cumplimiento del mismo, la declaración de sus existencia, su revisión, el precio se determina por el resultado contratado. Es decir, en las obligaciones de resultado, la responsabilidad civil contractual que se deduce de los contratos estatales está determinada por la naturaleza y alcance de la obligación de hacer, en donde esta permite establecer el grado de incumplimiento tanto cuantitativo como cualitativo y la cuantificación de la reparación e indemnización de los daños patrimoniales materiales e inmateriales³⁹.

3. Obligaciones de dar en los contratos estatales

Las obligaciones de dar son el paradigma o prototipo de las obligaciones contractuales que surgen de los contratos estatales de compraventa y/o suministro de bienes y servicios, ya que a cambio de un precio u otras contraprestaciones se puede hacer el intercambio de bienes y servicios. La obligación de dar es sinónimo de entrega, ya que la deuda o prestación no se entiende saldada hasta que no se

³⁸ HERRERA BARBOSA, Benjamín. Contratos Públicos. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003, Pág. 26.

³⁹ DE CASTRO, Federico. El negocio jurídico. Madrid, Civitas, 1997, Pág. 31.

entregue o cumpla con la obligación de dar⁴⁰.

En el contrato estatal, las obligaciones de dar se presentan entre otros negocios jurídicos, en el contrato de arrendamiento, en donde en parte, le entrega a la otra de un bien inmueble de vivienda, comercial o rural a cambio de un precio periódico. Las obligaciones de dar, hacer o no hacer están reguladas en el artículo 1495 del Código civil colombiano, aplicables al contrato estatal por lo dispuesto en el artículo 13 del Estatuto General de la Contratación de las Administraciones Públicas, que se particulariza según la tipología de cada contrato.

3.1 La obligación de dar en la prestación de entrega, traspaso y transmisión de Derechos

La obligación de dar en los contratos estatales, consiste en la entrega que el deudor contratista le hace a su acreedor contratante, es el traspaso posesorio que pone al acreedor en posesión de la cosa, pues la prestación de dación cumple un papel instrumental. En materia de contratación estatal, las prestaciones de dar están sometidas en solemnidades y formalidades especiales, tales como en tratándose de compraventa de bienes inmuebles debe suscribirse la escritura pública, y surtirse el correspondiente acto de registro en la oficina de instrumentos públicos y privados⁴¹.

3.2 La obligación de dar en los contratos estatales como prestación de resultado

En los contratos estatales ninguna obligación de dar puede considerarse como obligación de medio, por el contrario, admite la única categoría jurídica de obligaciones de resultado que producen un efecto jurídico concreto. La entrega y la

⁴⁰ TUHR, A Von. Tratado de las Obligaciones. Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, Dirección de José Luis Monereo Pérez. Comares Editorial, SL. 2007, Granada. Pág.11.

⁴¹ Op. Cit. A. Von Tuhr. Pág. 20.

dación es fundamentalmente una transferencia de la posesión que puede tener un valor instrumental, en la transferencia de la posesión de derechos sobre las cosas entregadas, y comporta una restitución de la misma, en la liquidación de la relación jurídica, en virtud de la cual se hace la dación⁴².

Así las cosas, en las obligaciones de dar, en tratándose de los contratos administrativos, contiene e incorpora en sí misma a la extensión de la obligación de entrega de los frutos de las cosas, como por ejemplo, en el desembolso de los anticipos que se deben manejar en cuenta de fiducias mercantiles, los intereses son del proyecto y de la entidad pública contratantes, luego entonces, esos frutos igualmente hacen parte de la entrega de la cosa principal, objeto de la obligación de dar⁴³; de otra parte comporta también la extensión de la obligación de la entrega de los accesorios, como en los contratos de arrendamiento en donde al devolver el bien objeto de la prestación los accesorios contenidos en las mejoras, son del contratante sin mayores prestaciones adicionales; y la última es la obligación de adición de un deber de diligente prestación, que consiste en que en los contratos de compra venta por ejemplo, la construcción de vivienda nueva lleva consigo unas garantías de estabilidad de las obras por el tiempo estipulado en el contrato, pero también comporta para el comprador el deber de diligente conservación del inmueble a partir del momento de su entrega⁴⁴.

4. Las obligaciones de hacer en los contratos estatales

La obligación de hacer es la contraposición de la obligación de dar, y puede definirse como aquella prestación debida que es una actividad diferente de la entrega de una cosa. Las partes en cada caso describen sus características y describe el contenido de la actividad prometida. Las obligaciones de hacer están sometidas a

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de septiembre de 1955, Magistrado Ponente Dr. Alberto Zuleta Angel, Gaceta Judicial, Tomo 81, Páginas 129-135.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de septiembre 2 de 1970

⁴⁴ Op. Cit. A. Von Tuhr. Pág. 25.

reglamentaciones especiales, por ejemplo, el contrato de prestación de servicios profesionales para la defensa jurídica del Estado o la asesoría a la administración pública, el de revisor fiscal por parte del contador, el de atención médica hospitalaria con el médico que va practicar una cirugía etc⁴⁵.

a. La prestación en las obligaciones de hacer

Son las obligaciones que nacen del concurso real de voluntades de dos o mas personas, como en los contratos en donde una parte se obliga para con la otra a hacer alguna cosa, lo que le da libertad a las partes a describir en el contrato las prestaciones específicas que debe ejecutar bajo la modalidad del verbo hacer, esto es, ejecutar una actividad, ejercer una profesión liberal, un contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión, un contrato de obra pública, de concesiones etc⁴⁶.

4.2. Criterios de distinción de las obligaciones de hacer en los contratos de medio y de resultados

La obligación de hacer, puede ser clasificada en la categoría de obligaciones de medio u obligaciones de resultado. Las obligaciones profesionales del ejercicio del derecho, de médico, son obligaciones de hacer, bajo la modalidad de obligaciones de medio en tanto el deudor que es el contratista abogado o médico se compromete a cooperar a poner todo su deber de diligencia y empeño para sacar la gestión judicial o médica de manera positiva, pero si a pesar de haber dispuesto toda esa cualitativa gestión al servicio de la causa no pudo obtener el resultado, no implica con ello el haber incumplido la prestación⁴⁷.

⁴⁵ FRANCO GUTIÉRREZ, Omar. La Contratación Administrativa. Cuarta Edición. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2000. Pág. 383.

⁴⁶ Op. Cit FRANCO GUTIÉRREZ. Pág. 388.

⁴⁷ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Sexta Edición. Editorial Temis, Bogotá, 2000.

Mientras que en obligaciones de hacer, si se trata de categoría de resultados, como en el caso de los contratos de obra pública, que suscriben profesionales como los arquitectos e ingenieros, o los contratos de prestación de servicios profesionales del contador para realizar la contabilidad o la revisoría fiscal de la empresa, o el contrato de prestación de servicios profesionales del medico cirujano para la realización de cirugías estéticas, son de la categoría de obligaciones de resultado por la cual deben responder.

4.3 Las obligaciones de hacer en los contratos de prestación de servicios y de consultoría

Es importante precisar que las obligaciones de hacer, consisten en aquellas actividades del contratante o contratista deudor de la prestación, que puede ser material según el artículo 253 y ss del C.C, o intelectual conforme al artículo 2063 y ss. del C.C, tomada como labor o como considerada como resultado.

Las obligaciones de hacer, en el mundo contemporáneo encuentran su razón de ser en el desarrollo de las relaciones económicas y sociales, así como por la división del trabajo en el mercado, que busca especializar la regla cuando la relación jurídica es inherente al ejercicio de una actividad profesional o de una empresa y la calificación de las labores ya sea asistencia técnica, promoción, construcción, asesoría, revisión, mantenimiento, reparación que exigen una formación y preparación técnica y profesional, habilidades y destrezas⁴⁸.

En los contratos estatales de prestación de servicios, y en los contratos de consultoría, esencialmente, definidos en el artículo 32, numeral 2º y 3º de la Ley 80 de 1993, y reglamentados por el Decreto 1082 de 2015, observamos que en los primeros esencialmente las obligaciones de hacer son de medio, mientras que en el

⁴⁸ L. MENGONI. Le obbligazioni, en I. Cinquant anni del código civile, vol. I, cit, p. 241.

segundo, las obligaciones son según la actividad de medio o de resultados.

Así por ejemplo, el contrato de prestación de servicios, que implica la contratación de profesionales para realizar estudios que requiere la administración, tales como estudios científicos, tecnológicos, económicos, jurídicos, sociales etc; así como el contrato de prestación de servicios que se celebra con un profesional del Derecho para que ejerza la defensa y representación judicial de una entidad estatal ante una controversia judicial o extrajudicial, las obligaciones adquiridas son de hacer, y de medio, en tanto el profesional pone toda la diligencia, cuidado, y disposición para el desarrollo de las actividades y obligaciones adquiridas, pero no puede garantizar el resultado que encuentre en el estudio que aborda o el resultado de la defensa judicial que emprende, en tanto este depende de variables jurídicas, técnicas, económicas, sociales según la actividad sobre la cual recaiga el objeto del contrato de prestación de servicios. Sus obligaciones se limitan a realizar todas las actividades para abordar el estudio y la gestión, pero el resultado depende no de la voluntad del contratista, sino de variables objetivas propias y de la esencia de la actividad sobre la cual recae el contrato.

En relación al contrato estatal de consultoría, encontramos que conforme al numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, si la actividad objeto del mismo es la realización, de estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como la asesoría técnicas de coordinación, control y supervisión las obligaciones son de hacer, y esencialmente de medio, aunque en tratándose de obligaciones de coordinación, control y supervisión podemos afirmar que son de hacer bajo la modalidad de resultados, porque además del deudor tener el deber de disponer de todos los medios necesarios para con diligencia y cuidado ejecutar la prestación, debe garantizar un resultado y es que debe entregar los resultados de manera positiva al acreedor de la gestión realizada.

En tratándose de contratos estatales de consultoría, bajo la modalidad de interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos, podemos afirmar que las obligaciones son de hacer en cuanto la realización de las actividades, de dar en cuanto a la obligación de entregar los productos al contratante acreedor de la prestación; y de resultados en cuanto debe elaborar y entregar los productos con la calidad, cantidad y con sujeción a las normas técnicas exigidas, de tal manera que lo que acá se presenta es una combinación de las obligaciones de hacer y de dar.

4.4 Las obligaciones de dar en los contratos de resultados

La obligación de dar corresponde a la categoría romana de *dare rem*, y consiste en el deber de transferir el dominio total o parcial de una cosa o de constituir un derecho real sobre ella. En el Derecho colombiano, el Código Civil establece, que las obligaciones de dar, consiste en la prestación de entregar una cosa al acreedor, ponerla a su disposición ya sea que la entrega lleve consigo una tradición, o que se entregue a título precario o sea una restitución.⁴⁹

La obligación de dar se refiere al derecho sobre la cosa y la entrega se refiere a la característica material de la cosa misma, pero en ambos casos el deudor está obligado *de effectu*, es decir, debe el resultado. Así las cosas las obligaciones de dar y entregar en los contratos estatales de resultado están determinados por su tipología, los cuales de conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, nos permiten establecer que son los contratos de obra pública cuya actividad específica sea la construcción de obra nueva, o el mantenimiento, rehabilitación, instalación y en general la realización de todo trabajo material sobre bienes inmuebles; los contratos de concesión para la prestación, operación, explotación, organización o gestión total, parcial de un servicio público o la construcción, explotación o

⁴⁹ Código Civil colombiano, artículos 653, 654, 1565, 1604, 1648 y 1729.

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; los contratos de compra venta de bienes muebles e inmuebles, entre otros.

2. Las obligaciones negativas de no hacer en los contratos estatales

Las obligaciones de no hacer en un contrato estatal, es una prestación negativa que a la luz del artículo 1495 del C.C colombiano se puede definir, como el deber de no hacer una cosa, como el deber de omisión en la prestación, como por ejemplo, en el contrato de arrendamiento es necesario hacer una reparación urgente del inmueble arrendado que no pueda diferirse hasta la conclusión del arriendo; el arrendatario tiene el deber de tolerar la obra, o como *vr. gracia* en el contrato de depósito, el depositario asume la obligación de no servirse de la cosa depositada. El comportamiento negativo debe ser expresamente pactado como la prestación en el contrato suscrito⁵⁰.

El contrato estatal típico cuyas obligaciones son de no hacer, son los contratos Joint venturs para la exploración, explotación y comercialización de minas, hidrocarburos celebrados con empresas extranjeras, en donde existen cláusulas de confidencialidad que obliga a no revelar a terceros la información y la ejecución del contrato, ni los sitios en donde se explorará o se ha establecido la existencia de productos hasta que no se cumpla con los protocolos gubernamentales⁵¹.

CAPÍTULO TERCERO: EL INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO DE LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN EL CONTRATO ESTATAL Y EFECTOS

⁵⁰ MASSINO, Vianca C. Derecho Civil. El Contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. Pág. 23.

⁵¹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. EL Negocio Jurídico. Editorial Civitas S.A, Madrid, 1997, Pág. 53.

PATRIMONIALES

SUMARIO. 1. Incumplimiento por omisión de la prestación debida. 2.-Fronteras entre el incumplimiento por mora o retardo y el incumplimiento definitivo en la prestación. 3.-El incumplimiento definitivo y consecuencias patrimoniales. 4.-La imposibilidad sobrevenida de la prestación. 5.- La imposibilidad temporal prolongada y la frustración del fin del negocio jurídico del contrato estatal

1. Incumplimiento por omisión de la prestación debida

La mora por el comportamiento omisivo del deudor contratista del Estado, constituye un incumplimiento en la ejecución de la prestación. Esto es que si el contratista incumple en el contrato estatal de obra pública o el contrato de suministro la entrega de bienes, servicios y productos a que se comprometió conforme al cronograma detallado de la ejecución del contrato, habrá incurrido en incumplimiento parcial, pero como quiera que el obstáculo que impide ese cumplimiento es superable, la prestación puede ser cumplida de manera tardía porque esta aún el contratante con el recibo de la misma en tiempo de satisfacer la necesidad que exige el interés general. Cuando se presenta este incumplimiento parcial, la administración contratante puede hacer uso de las potestades públicas como la imposición de multas para conminar al contratista a que cumpla con las obligaciones previstas en el contrato, o con la declaración de incumplimiento con fines de penal pecuniaria⁵².

En el incumplimiento que se presenta por la omisión de ejecución de la prestación considerada como definitivo, no cabe el cumplimiento tardío aunque fuera teóricamente posible, pues no es legítimo exigírselo al deudor, por imposibilidad material de ejecución, ya que por falta de capacidad administrativa, operativa y financiera fue que se presentó la inejecución del objeto contractual.

⁵² ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Editorial Legis S.A, Bogotá, D.C. Pág. 503.

2. Fronteras entre el incumplimiento por mora o retardo y el incumplimiento definitivo en la prestación

Aunque no es posible resolver esta tensión desde la perspectiva de nuestro Código Civil que no regula exactamente la materia, observamos que por la naturaleza de las obligaciones y los principios esenciales que orientan el Derecho de las obligaciones, encontramos que solo son válidamente exigibles la ejecución de aquellas prestaciones posibles, ya que desde la perspectiva de validez del contrato, no se pueden pactar cláusulas o prestaciones que sean materialmente imposible su cumplimiento⁵³.

Así las cosas, creemos que el carácter definitivo de la inejecución de la prestación y por tanto del incumplimiento del contrato, solamente se puede presentar en aquellos casos en donde la prestación resulta sobrevenidamente imposible de cumplir.

También existe incumplimiento definitivo, cuando es insuperable la omisión de la ejecución de la prestación debida en todos aquellos casos en que aún siendo posible una ulterior realización de la prestación, esta ya no resulta idónea para cumplir con las finalidades a que estaba destinado el objeto del contrato incumplido.

Pero cuando en el retardo o mora en el cumplimiento de las prestaciones se presenta un incumplimiento parcial, donde a pesar de ello es posible que se pueda cumplir con las prestaciones debida aunque sea tardía, y ese cumplimiento es idóneo para satisfacer las necesidades inicialmente previstas en el contrato, se presenta lo que conocemos omisión superable durante la ejecución del contrato, lo que implica que dentro del régimen de responsabilidad contractual el acreedor le exija al deudor el cumplimiento de la prestación, lo que conduce a que la reparación del daño

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. La resolución de incumplimiento y e mutuo disenso. Sentencia del 7 de marzo de 2000.

patrimonial en términos cuantitativos se disminuya en el rubro de daños materiales tanto en el daño emergente como en el lucro cesante.

Es por ello que mientras para los casos de mora o retardo en el cumplimiento de la prestación, la administración contratante puede imponer multas y aplicar la cláusula penal pecuniaria al contratista, en el caso de incumplimiento definitivo lo que procede es la terminación unilateral o caducidad del contrato según la causa que da lugar al incumplimiento, y la aplicación de la garantía única de cumplimiento⁵⁴.

3. El incumplimiento definitivo y consecuencias patrimoniales

El incumplimiento definitivo por falta de ejecución del cronograma o programa de la prestación obligacional, encuentra respuesta en las siguientes causales: La imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la prestación por parte del contratista; la imposibilidad temporal con frustración del fin del negocio y la extraordinaria prolongación de la inejecución de la obligación; la voluntad inequívoca del contratista de no cumplir; la violación de la obligación de la negativa; y la falta de obtención del resultado de la prestación en las obligaciones de resultados.⁵⁵

En estos casos, al acreedor de la prestación incumplida, o del incumplimiento definitivo del contrato, no tiene alternativa diferente a exigir al contratista incumplido la reparación de los daños patrimoniales contractuales, en todo los rubros del daño, tanto materiales como inmateriales a que haya lugar, toda vez que como existe imposibilidad de la ejecución del contrato, por las causas arriba anotadas, y dada la naturaleza de las obligaciones contraídas y calificadas como de resultado, hay lugar a reclamar la responsabilidad civil contractual del deudor incumplido a favor del

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de diciembre de 1992, y Sentencia del 8 de noviembre de 1989. El mutuo disenso como consecuencia del incumplimiento de ambos contratantes.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 4 de marzo de 1991

contratante acreedor de la prestación. Aquí, se verifica el principio de que el contrato es ley para las partes, de donde se desarrolla el aforismo de que los pactos son para cumplirlos⁵⁶.

4. La imposibilidad sobrevenida de la prestación

La imposibilidad sobrevenida de la prestación tiene dos alcances. El primero de ellos, la imposibilidad absoluta y objetiva, que supone que el obstáculo para que se presente la inexecución de la prestación contractual, constituya un obstáculo no para el contratista, sino para toda persona que estuviese en la misma posición.⁵⁷

El otro alcance es la imposibilidad relativa de carácter subjetivo que se predica que los obstáculos que impiden la inexecución de la prestación se predica únicamente del contratista. En este orden de ideas, y como quiera que se trata de contratos estatales, en donde el interés público exige el mayor dinamismo y la mas pronta respuesta de sus gobernantes y autoridades, por conveniencia de los principios constitucionales y de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política y en el Código de Procedimientos Administrativos y de lo Contencioso Administrativo, se ha acogido esta última teoría que impone el deber de caducar o dar por terminado el contrato para continuarlo con otro contratista si el primero presenta obstáculos subjetivos que le impiden cumplir⁵⁸.

5. La imposibilidad temporal prolongada y la frustración del fin del negocio jurídico del contrato estatal

⁵⁶ Op. Cit. ESCOBAR GIL, Pág. 380.

⁵⁷ FERRIOL I PUIG, LLUÍS, GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, HUALDE SÁNCHEZ, José Javier. Manual de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones, Responsabilidad Civil. Teoría General del Contrato. El pago o cumplimiento de la obligación. Tercera Edición, Marcial Pons, 2004. Pág 185.

⁵⁸ Op. Cit. HUALDE SÁNCHEZ, José Javier. Manual de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones, Responsabilidad Civil. Teoría General del Contrato. Los subrogados del cumplimiento. Tercera Edición, Marcial Pons, 2004. Pág 235.

Se trata de dos esquemas que matizan el incumplimiento definitivo del contrato, por la imposibilidad de ejecutar la prestación, ya que su causa es insuperable y definitiva. Consiste en que aún presentándose la inejecución en el incumplimiento de la prestación, pero el contratista está en posibilidad de cumplir, y el contratante en posibilidad de soportar la espera prolongada, habrá de darse la posibilidad al contratista de cumplir siempre que el cumplimiento tardío no frustre con el fin del negocio jurídico celebrado⁵⁹.

Por ejemplo, el contrato estatal celebrado para el de mantenimiento del Estadio Nemecio Camacho “*El Campin de Bogotá*”, para la celebración de la misa de bienvenida del Papa Francisco a Colombia. El contrato tiene como finalidad hacer las reparaciones locativas para recibir al Papa y debía entregarlo seis meses antes, si se presenta una imposibilidad temporal por caso fortuito o fuerza mayor, podrá suspenderse su ejecución mientras puede continuar su ejecución y aunque la imposibilidad es temporal, la ejecución posterior es idónea porque permite hacer las reparaciones locativas y aun si entregarla con un mes de anterioridad a la llegada del Papa. Imposibilidad de ejecución definitiva se presenta si llega el papa y no fue posible las reparaciones locativas, el negocio jurídico se habrá frustrado porque su ejecución posterior a la visita del papa ya no cumple con la finalidad inicialmente prevista en el contrato⁶⁰.

CAPÍTULO CUARTO. EL CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO DEL OBJETO DE LOS

⁵⁹ Op. Cit. HUALDE SÁNCHEZ, José Javier. Manual de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones, Responsabilidad Civil. Teoría General del Contrato. El incumplimiento de la obligación. Tercera Edición, Marcial Pons, 2004. Pág 261.

⁶⁰ Op. Cit. HUALDE SÁNCHEZ, José Javier. Manual de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones, Responsabilidad Civil. Teoría General del Contrato. La Responsabilidad por incumplimiento. Tercera Edición, Marcial Pons, 2004. Pág 284.

CONTRATOS ESTATALES

1. La ejecución de una prestación defectuosa. 2.-Los vicios o defectos de los bienes ocultos en los contratos estatales de suministros, de compraventa y de arrendamiento. 3.-Los vicios o defectos de las cosas construidas de obras. 4.-Alcance fáctico del cumplimiento defectuoso

1. La ejecución de una prestación defectuosa del contrato estatal.

La doctrina moderna, ha venido desarrollando el instituto contractual del cumplimiento inexacto o defectuoso de la obligación, que define, como aquel que lleva incorporado la omisión del cumplimiento de los deberes y obligaciones que emanan del contrato estatal. Este se presenta, por el comportamiento que asume el contratista, que no se ajusta a los presupuestos que el contratante reclama para producir efectos liberatorios y satisfactorios de sus necesidades consignadas en el mismo contrato⁶¹.

En el contrato estatal, este cumplimiento defectuoso de la prestación se encuentra amparado por la garantía de cumplimiento que debe cubrir la calidad y estabilidad de los bienes, obras y servicios contratados. Veamos los alcances del cumplimiento defectuoso de las prestaciones, que parte del presupuesto de que el contratista no incurre en incumplimiento definitivo, como tampoco en mora o retardo en el cumplimiento de la prestación, sino que el contratista cumple en tiempo dentro del plazo en su oportunidad con el objeto del contrato, pero los bienes, servicios actividades y obras contratadas, entregados no reúnen los requisitos cualitativos y cuantitativos exigidos por el contrato, por lo que la doctrina lo denomina "*cumplimiento inexacto o defectuoso de la prestación*".

Las inexactitudes que constituyen el cumplimiento defectuoso en la ejecución del contrato y sus prestaciones son las siguientes: los vicios o defectos ocultos de

⁶¹ Op. Cit. HUALDE SÁNCHEZ, pp. 290.

calidad y estabilidad de los bienes vendidos o contruidos, de las cosas arrendadas, de los servicios prestados y el cumplimiento defectuoso de las obligaciones de carácter restitutorios.

2. Los vicios o defectos de los bienes ocultos en los contratos estatales de suministros, de compraventa y de arrendamiento

En relación a los contratos estatales cuyo objeto recae sobre las cosas o bienes, es decir, -compraventa-, se impone al vendedor la obligación de saneamiento de aquellos vicios o defectos ocultos que tuvieran las cosas vendidas en estos contratos de compraventa, cuando como consecuencia de tales vicios o defectos resulten las cosas impropias para el uso al que se les destina; o porque disminuyan de tal modo que de haberlos conocido el comprador, no había adquirido las cosas o habría pagado por ellas un precio menor. En los contratos de arrendamiento no solo se aplican las normas de responsabilidad por evicción, sino también las de los vicios o defectos ocultos de las cosas vendidas⁶².

3. Los vicios o defectos de las cosas construidas en los contratos estatales de obras civiles.

En los contratos estatales de obra pública para la construcción de obras civiles nuevas, de rehabilitación, conservación y mantenimiento, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 nos remite al Código Civil, pero también el artículo 32 *Ibíd*em regula la tipología del contrato de obra. En tratándose de vicios o defectos de las cosas, o bienes contruidos, encontramos que la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2105, regula la garantía de estabilidad y calidad de las obras contratadas, por el plazo de la ejecución del contrato y hasta su liquidación y el tiempo establecido en el mismo

⁶² BASSOLS, MARTIN, en PENDAS, BENIGNO y otros. Derecho de los contratos públicos. OB. C. Pág. 96.

contrato⁶³.

Así las cosas, el Estado contratante no solo cuenta con la acción de controversias contractuales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que también tiene la facultad de hacer efectiva directamente la garantía única de cumplimiento para aplicar las garantías cuando quiera que ocurra el siniestro. Lo anterior, es el mecanismo que las leyes procesales ha dispuesto, para que la parte que sufre el daño patrimonial en virtud del incumplimiento del contractual en que se ha incurrido, se le exija al deudor, la indemnización económica a que haya lugar dentro del ejercicio de responsabilidad civil contractual que emanan del principio contractual, de que los pactos son para cumplirlos. De allí, la seguridad jurídica que le imprime en el mundo real de los negocios, el acto de elevar por escrito los convenios o acuerdos lícitos, que es el instituto del contrato estatal⁶⁴.

En tratándose de los contratos de prestación de servicios profesionales, también puede presentarse el cumplimiento defectuoso de la prestación cuando el profesional presta el servicio en forma descuidada, inexperta o negligente el medico visita el paciente y no hace las exploraciones y procedimientos clínicos necesarios; el abogado que no redacta los memoriales con las normas vigentes y aplicables a favor del cliente, o los ingenieros y arquitectos que no cumplen con las normas técnicas de sismo resistencia en la construcción. A esto le llamamos el cumplimiento defectuoso del contrato de prestación de servicios, por contravención de las reglas especiales de diligencia y de pericia que conoce la doctrina contractual, como *la lex artis*⁶⁵.

4. Alcance fáctico del cumplimiento defectuoso del contrato estatal

⁶³ Díez Picasso, LUIS. Estudios sobre la jurisprudencia civil. Madrid. Tecnos, Tomo I, Pág. 38.

⁶⁴ SPOTA, Tratado, cita de MOSSET, Jorge. Interpretación económica de los contratos. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 1994, Pág. 108.

⁶⁵ LASARTE, Carlos. Principios de Derecho Civil III. Contratos. Novena Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Madrid, Barcelona, 2006. Pág. 43.

Los supuestos del cumplimiento defectuoso de las prestaciones pactadas en los contratos son las siguientes: el contratista ejecuta las prestaciones llevando a cabo el acto o los actos de cumplimiento y de ejecución del objeto y del conjunto de obligaciones previstas en el contrato estatal, pero los bienes y servicios no se ajustan o se desvían de las líneas del negocio jurídico constitutivo de la obligación y del plan o programa de la prestación como se había contratado inicialmente.⁶⁶

El contratista ha ejecutado puntual y exactamente dentro del plazo la prestación principal pactada en el contrato, en su objeto y en sus obligaciones generales, especiales y comunes, pero ha omitido ejecutar la prestación accesoria necesaria para que la prestación principal produjera plenos efectos con arreglo a las finalidades públicas que inicialmente motivaron la celebración del contrato estatal⁶⁷.

TÍTULO SEGUNDO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL, EL DERECHO DE DAÑOS Y LA FUNCIÓN PATRIMONIAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES

CAPÍTULO PRIMERO: LA FUNDAMENTACIÓN Y LAS FUNCIONES DEL DERECHO DE DAÑOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES

SUMARIO: 1. Las funciones del derecho de daños. 2.-La relativización del principio de reparación integral del daño contractual. 3.-La fundamentación del derecho de daños y de la responsabilidad civil. 4.-El Principio del mutatis mutandi en la responsabilidad civil-contractual

⁶⁶ GENY, Francisco. Método de interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo. Segunda Edición. Madrid. Editorial Reus S.A, Madrid, 1925. Pág. 271.

⁶⁷ BULLARD, Alfredo. La asimetría en la contratación a propósito del dolo omisivo, en ALTERRINI, ANIBAL y otros. Contratación contemporánea. Editorial Temis-Palestra, 2000, Tomo I. Pág. 299.

estatal. 5.-El principio del iura novit curia en la responsabilidad civil- contractual y el derecho patrimonial en el contrato estatal

1. Las funciones del derecho de daños

El Derecho de daños parte del principio, que todo aquél que ejecute un hecho que por culpa o negligencia ocasione un daño patrimonial a otro, está obligado a su reparación como se desprende del Código Civil colombiano. Cuando este daño se ocasiona en virtud de la ejecución de un contrato estatal, y es consecuencia del incumplimiento tardío, en mora o definitivo de la obligación, o del cumplimiento defectuoso de la prestación, se le denomina “*responsabilidad civil contractual del Estado o del particular deudor de la prestación*”⁶⁸.

La primera función del Derecho de daños, es la de “*demarcación*”, que consiste en establecer la delimitación de fronteras entre los ámbitos de libertad de actuación y aquellos en donde se entrega cierta dosis de protección a determinados bienes e intereses que imponen límites a la libertad, o autolimitaciones de la misma en la medida en que estas actuaciones libres pueden imponer un grado de responsabilidad civil al deudor respecto del acreedor contractual⁶⁹.

La segunda función del Derecho de daños, cuando genera un daño patrimonial en virtud de contrato estatal, es la de “*prevención*”, en la medida en que es el mismo contrato el que establece las sanciones, las indemnizaciones y la forma como se restablecerán los daños causados por indebida inexecución del contrato⁷⁰.

⁶⁸ DE LOS MOZOS, José Luis. El Principio de la Buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español. Bosch, Casa Editorial Urgel, Barcelona, 1965. Pág 17.

⁶⁹ MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Volumen I, Edición Española, Angel Martínez Sarrión. Bosch, Casa Editorial S.A, Barcelona, 1995, Pág. 265.

⁷⁰ Ob cit. MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Volumen II, Edición Española, Angel Martínez Sarrión. Bosch, Casa Editorial S.A, Barcelona, 1995, Pág. 911.

“La función punitiva del Derecho de daños” en relación al contrato estatal, se cumple en la medida en que si bien el daño punitivo es propio de los sistemas anglosajones, no es menos cierto, que en el contrato estatal existen unas verdaderas reglas sancionatorias que le permiten a la administración imponer sanciones al contratista de manera unilateral, tales como la imposición de multas mediante acto administrativo, la aplicación de las garantías con fines de cláusula penal pecuniaria, así como la declaración de caducidad que tiene como consecuencia la imposición de sanciones administrativas al contratista particular⁷¹.

2. La relativización del principio de reparación integral del daño contractual

La relativización del *“principio del resarcimiento integral”*, ha cobrado vigencia en las teorías modernas, en tanto en materia de responsabilidad civil contractual, el sujeto que cause un daño a otro, en virtud de un contrato, esto es el deudor contratista que le cause una daño al acreedor contratante, deberá responder teniendo en cuenta el tipo de prestación pactada, ya sea de *“dar, hacer o no hacer”*, teniendo en cuenta quien asume el riesgo, y si en ello ha intervenido negligencia o culpa de la parte demandada⁷².

Para determinar la responsabilidad civil, entonces acudimos el concepto de *“relativización en la reparación integral del daño”*, pues el legislador a establecido unas causales de exoneración de responsabilidad civil del demandado, así como también existen criterios que relativizan esa noción de reparación integral del daño, ya que su declaración de responsabilidad civil y los criterios de indemnización o reparación, depende de la intervención de los hechos de un tercero, si es el culpa de

⁷¹ DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Bosch, Casa Editorial S.A, Barcelona, 1975, Pág. 81.

⁷² Op. Cit De Cupis. A. Pág. 108.

la víctima que padece el daño, pero sobre todo el carácter de relativización que desarrolla los criterios de graduación de la culpa negligencia⁷³.

Al lado de los criterios de gravedad o levedad de la culpa, encontramos que se relativiza igualmente el carácter de reparación integral del daño, por lo que se conoce como el “*régimen de compensación de culpas*”, que permite en ocasiones que la culpa sea compartida por el dañado, y así poder realizar la correspondiente compensación y reducir la cuantía de la indemnización, figura que le permite al acreedor alegarle al deudor además excepciones como que nadie puede alegar su propia culpa para favorecerse, como cuando en una demanda el contratante público le plantea al contratista la excepción de contrato no cumplido⁷⁴.

3. La fundamentación del derecho de daños y de la responsabilidad civil

El Derecho de la responsabilidad civil o Derecho de daños, en el sistema jurídico colombiano se encuentra en la actualidad en un punto muy sensible, ya que en virtud del artículo 6º y 90 de la Constitución de 1991, nos encontramos en presencia de una verdadera cláusula de responsabilidad, es decir, constitucionalizó el Derecho de daños.

En ese punto de partida, convergen las diversas tendencias doctrinales y jurisprudenciales, pero lo importante es que la finalidad de la justicia de favorecer al máximo la viabilidad de las indemnizaciones de los distintos daños causados a quien lo sufre, no puede llegar al punto de un desbordamiento, que soslaye el principio de la reparación integral del daño, esto es, que el daño debe ser indemnizado solo el daño y nada más que el daño, pues nadie puede enriquecerse como consecuencia del daño.

⁷³ Cfr. De Cupis, *La concausa nel diritto degli infortuni e i principi del diritto comune*, Roma, 1934, Pág. 64.

⁷⁴ Cfr. Coviello N. *Del caso fortuito*, Lanciano, 1985, Págs 377 y 382; POLACCO, *Op. Cit*, Pág. 531; De Ruggiero, *Op e Vol. Cit*, pág 137.

Como consecuencia de lo anterior, encontramos que desde el punto de vista del sistema jurídico colombiano, el derecho constitucional, el derecho civil, el derecho comercial, y el Estatuto General de Contratación de las Administraciones Públicas, encontramos que siendo el contrato estatal un instrumento de seguridad jurídica que contiene esencialmente un objeto válido y unas obligaciones recíprocas que se deben cumplir, se observa el deber de ejecutar la prestación de dar, hacer, o no hacer según la tipología del contrato, lo que parte del presupuesto que cualquier incumplimiento que afecte las instituciones patrimoniales conmutativas que amparan las obligaciones contraídas por las partes en el contrato, debe ser reparado. De allí que el fundamento del derecho daños y de la responsabilidad civil, esté bajo el amparo del artículo 6º y 90 constitucionales, el mismo ordenamiento civil y comercial, pero lo más importante es que el fundamento para exigir la indemnización como consecuencia de haberse producido un daño, es el mismo contrato. De allí, que si queremos señalar el fundamentación esencial del derecho de la responsabilidad civil y del derecho contractual de daños, tendremos que afirmar que es el “contrato estatal mismo”⁷⁵.

4. El principio *mutatis mutandi* en la responsabilidad civil-contractual estatal

Si analizamos la jurisprudencia de la Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en materia de responsabilidad civil contractual, hasta el año 1991, encontrábamos un enorme distanciamiento con relación a lo que ocurría en el Consejo de Estado en relación a la jurisprudencia que se producía con ocasión de la responsabilidad contractual de las partes en el contrato Estatal.

⁷⁵ Cfr. S. CAVANILLAS MÚGICA, Comentarios de la STS 30 de octubre de 1990, CCJC, 1990, págs 1148 y ss.; y TAPIA FERNÁNDEZ, La concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal, Madrid, 1982, págs. 84-85.

Esto se explica en la medida, en que si bien la Corte Suprema de Justicia es el órgano judicial de cierre de la justicia ordinaria, el Consejo de Estado lo es en relación a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y mientras que el primero parte del principio que el contrato es ley para la partes, y sus estipulaciones son todas producto del principio de autonomía de las partes; en el segundo caso, el contrato estatal sigue siendo ley para la partes, pero no todas las estipulaciones contractuales son producto de la autonomía de la voluntad de las partes, en tanto existen facultades o prerrogativas públicas contenidas en el artículo 14, numeral 2º, artículo 19 y 32 de la Ley 80 de 1993, que conforme al artículo 13 *Ibídem* y el artículo 16 del C.C, son normas de orden público y por ende de obligatorio cumplimiento, tales como las cláusulas excepcionales, pero también las modalidades de selección del contratista estatal, que conforme a la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015.

Luego de la expedición de la Carta de 1991, artículos 6º y 90, se produjo una verdadera constitucionalización de la responsabilidad civil y del derecho de daños. Lo que se conoce como cláusula general de competencia, y cláusula general de responsabilidad, y a partir de ello la jurisprudencia contencioso administrativa en materia de contratación estatal producida por el Consejo de Estado se produjo una verdadera mutación, esto es, acudió al *principio mutatis mutandi*, que la condujo a actualizar la jurisprudencia contenciosa conforme a los nuevos postulados constitucionales, partiendo de los presupuestos de la jurisprudencia civil de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad civil contractual, indemnización, reparación, elementos de la responsabilidad contractual; es decir, cambiando los conceptos que fuesen necesario cambiar, hasta llegar a lo que hoy conocemos en el ordenamiento jurídico colombiano, como el “*Derecho de la responsabilidad contractual civil y del Estado*”⁷⁶.

⁷⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia octubre 2 de 1996, C.P. Dr. Carrillo Ballesteros, Expediente No. 11337.

5. El principio *iura novit curia* en la responsabilidad civil-contractual y el derecho patrimonial en el contrato estatal

La responsabilidad contractual civil y del Estado en Colombia, y conforme a la Jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, y de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a partir de la Constitución de 1991 ha desarrollado ampliamente el principio *iura novit curia*, que parte del principio que el juez conoce el derecho, y que las partes deben presentarle y probarle los hechos, para que pueda materializar la justicia conmutativa del contrato, y garantizar que el contrato pueda cumplir con su función social y económica.

De allí, que la doctrina nacional haya concluido pacíficamente que *“Después de la constitución de 1991 se ha renovado la concepción del derecho y ha cambiado la jerarquía de criterios de la administración de justicia en Colombia; hoy se da más valor a lo sustancial, mientras que anteriormente se les daba más preponderancia a la acción y a los conceptos.*

*“El *iura novit curia*, máxima que lleva la presunción de que el juez conoce el Derecho, implica que todo asunto sometido a la jurisdicción sea resuelto con arreglo al derecho vigente aunque no haya sido alegado por las partes en forma correcta; ello resulta ser una expresión del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, entendido como la facultad de que los ciudadanos acudan a la administración de justicia con la certeza de que sus conflictos serán resueltos de fondo, contrario sensu que no se producirá un fallo inhibitorio que no defina el asunto.*

“Se concluye entonces que el iura novit curia es más que una simple regla del proceso y se constituye en un principio que desarrolla el derecho fundamental del acceso a la administración de justicia.

“El iura novit curia implica que el derecho puede ser aportado de oficio por el juez al momento de tomar la decisión de cada caso si encuentra que existe un derecho subjetivo amparable pero que la parte cometió un error en la adecuación de los

“hechos al derecho; sin embargo, el concepto de la regla en estudio debe ser bien entendido, pues no puede quedarse en la idea de que al juez le corresponde el derecho y a las partes los hechos, teniendo en cuenta que, como ya se ha dilucidado por los teóricos del derecho, no es tan clara la línea divisoria entre los hechos y el derecho, pues unos y otros se van entremezclando inevitablemente.

“Sin embargo, el iura novit curia no significa que el juez sea omnisciente; este tiene su ámbito de aplicación al derecho interno, general y publicado, y debe ser bien entendido en cuanto a su ámbito de aplicación del derecho extranjero, el derecho consuetudinario y el bloque de constitucionalidad.

“Así las cosas, para entender adecuadamente el iura novit curia, en el sentido que efectivice el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, debe superarse su función de presunción para entenderlo como la facultad de intervención del juez en los aspectos jurídicos del proceso, dentro de los límites de la congruencia de la sentencia.

“La regla iura novit curia, en virtud de la cual el juez cambia la calificación jurídica, choca con la congruencia de la sentencia que impone evitar todo cambio de los términos del debate; se observa que el punto de encuentro entre estas dos figuras es la pretensión procesal y sus elementos, de donde la debida comprensión de estos implicará la correcta aplicación de ambas figuras.

“Ocurre que el mecanismo para inaplicar la regla de la congruencia en un caso específico y acudir al iura novit curia para efectivizar el derecho de acceso a la administración de justicia, sería acudir a la excepción de inconstitucionalidad que garantiza la supremacía de la constitución respecto de la aplicación de leyes de inferior jerarquía como la que consagra la congruencia de la sentencia; sin embargo, debe acudirse a la racionalidad de las decisiones judiciales para evitar arbitrariedades.

“Se reconoce claramente que en la jurisprudencia sobre asuntos como la acción de tutela, el principio el iura novit curia se encuentra como de obligatoria aplicación del juez constitucional cuando se trata de la protección de derechos fundamentales que se encuentren vulnerados, aunque no hayan sido alegados como amenazados por los ciudadanos.

“Ahora bien, cada vez con mayor fuerza, los órganos de cierre de la justicia están acudiendo a la aplicación de la máxima en estudio en procura de evitar decisiones inhibitorias, lo que realmente patentiza las teorías de creación del Derecho por parte del juez, dándole la importancia que este operador jurídico tiene en el Estado constitucional moderno”⁷⁷.

Lo anterior, nos permite concluir, que en materia de responsabilidad civil contractual y del Estado, también opera el principio del iura novit curia por parte del juez, en el sentido que el actor-acreedor de la obligación le corresponde presentarle los hechos al juez, probarle el incumplimiento definitivo o parcial, el cumplimiento defectuoso y el daño, y el juez que conoce el ordenamiento jurídico para garantizar el Derecho fundamental de acceso a la justicia, y la realización de la justicia conmutativa del

⁷⁷ Cfr. BOHÓRQUEZ HERNÁNDEZ, Victoria Eugenia. El *iura novit curia* en la aplicación del Derecho en la decisión judicial. Estudio desde el Derecho fundamental al acceso a la justicia. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Edición: 2013. ISBN: 978-958-8790-46-6.

contrato, debe aplicar el Derecho que se supone conoce. De allí, que una vez probado el daño, la culpa exigida y su calificación le corresponde valorarla al juez así encuentre que el actor-acreedor le postuló en la demanda una fundamentación jurisprudencial o doctrinaria diferente.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

SUMARIO. 1. La responsabilidad civil contractual y extracontractual. 2.- Principio de la unidad de la culpa civil. 3.- La responsabilidad civil derivada del delito con ocasión de la gestión contractual del Estado. 4.-El alcance patrimonial de las obligaciones incumplidas generadoras del daño contractual

1. Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual

Es importante, desarrollar la doctrina sobre la responsabilidad civil o Derecho de daños, toda vez que los perjuicios que sufre el acreedor por parte del deudor que lo causa, puede producirse tanto en el régimen de responsabilidad contractual, como en el régimen de responsabilidad extracontractual. Y pudiese pensarse que si el objeto de estudio de este trabajo es la responsabilidad contractual, es suficiente que ahondemos sólo sobre este tópico jurídico. Pero encontramos que la responsabilidad civil contractual implica la exigencia de la indemnización a quien la padece por parte de quien la causa, y su fundamentación es el incumplimiento definitivo, parcial, o el cumplimiento defectuoso de la prestación estipulada en el contrato celebrado. Pero así mismo, en virtud de ese incumplimiento, o inexecución de las prestaciones, también pueden causarse perjuicios a un tercero, y entramos al escenario de la responsabilidad civil extracontractual, también propia de la naturaleza del género denominado derecho de daños. De allí que sea necesario estudiar su concepto,

alcance y diferencias, veamos⁷⁸:

“Al hablar de la responsabilidad contractual hacemos alusión a la obligación de reparar los perjuicios provenientes del incumplimiento, o del retraso en el cumplimiento, o del cumplimiento defectuoso de una obligación pactada en un contrato. Para que exista esta clase de responsabilidad es necesario que haya una relación anterior entre el autor del daño y quien lo sufre y que el perjuicio sea causado con ocasión de esa relación. Dentro del estudio de este tema se pueden observar claramente dos grupos de teorías bien definidas: de una parte, aquellas que presentan la responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación proveniente de un contrato anteriormente celebrado; otras teorías sostienen que se está en presencia de responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación emanada no solamente de un contrato, sino cuando se incumple obligación derivada de vínculo jurídico anterior o de la ley.

Para el autor chileno Arturo Alessandri “La responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente y cuya violación sirve de sanción. Es la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause.”

Para los hermanos Mazeaud, “la responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando el contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar un perjuicio

⁷⁸ Cfr. IRISARRI BOADA, Catalina. El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Público. Santafe de Bogota, D.C. 2000.

al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones, está obligado a reparar ese perjuicio”

Para los tratadistas uruguayos Gustavo Ordoquí y Ricardo Oliviera la responsabilidad contractual “no es la emanada de un contrato, sino la derivada de obligaciones determinadas, emergentes del acto lícito o de la ley, con exclusión de las que tienen causa en actos ilícitos como los delitos y cuasidelitos

El profesor Fernando Hinestrosa en sus conferencias de obligaciones, menciona la distinción entre responsabilidad abstracta y concreta, distinción que viene a reemplazar la clásica división entre responsabilidad contractual y extracontractual. Es así como el Dr. Hinestrosa considera que “cuando entre víctima y agresor no existía nexo concreto alguno, cuando entre ambos no mediaba relación específica y su acercamiento se funda exclusivamente en el acto dañino, se tiene responsabilidad abstracta, y en el caso de que el hecho se produzca con ocasión y en desarrollo de un vínculo previo entre las partes.

Teniendo en cuenta esto, podríamos considerar que cuando el Dr. Hinestrosa habla de “responsabilidad concreta” hace referencia a la responsabilidad contractual puesto que los autores concuerdan en decir que se está en presencia de ésta cuando entre autor del daño y la víctima media relación anterior y el autor en mención señala que hay responsabilidad concreta cuando ésta se produce con ocasión de vínculo previo.

Para el autor colombiano Gilberto Martínez Rave, la responsabilidad contractual es aquella que “nace para una persona que ocasiona un daño por el incumplimiento, demora o desconocimiento de determinadas obligaciones, adquiridas a través de un contrato o convención”

Para Marty se estará en presencia de responsabilidad contractual “siempre que el deudor contractual no cumpla por su culpa las obligaciones que el contrato le impone y que ese

incumplimiento culpable causa daño al acreedor. Esta responsabilidad es reglamentada por el contrato pues la voluntad de las partes es

La española Encarna Roca, estima que se está en presencia de responsabilidad contractual o responsabilidad por el incumplimiento de contrato, cuando se incumple una obligación la cual deriva de un contrato, obligación que proviene de un vínculo anterior. Ella afirma que “cuando se produce el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, surge la necesidad de exigir el cumplimiento de un interés individual, el del acreedor, que puede pedir al deudor incumplido el resarcimiento de los perjuicios que el incumplimiento le ocasionó. Existe, por tanto, un deber previamente pactado, una relación jurídica previa y el sistema de responsabilidad derivado del contrato tiene como finalidad asegurar al perjudicado la obtención del beneficio que se buscó con la obligación pactada”.

Contrario a lo que sucede en el caso de la responsabilidad contractual, se habla o se está frente a un problema de responsabilidad extracontractual en el evento en que entre víctima y autor del daño no exista vínculo anterior alguno, o que aún así exista tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia. El autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes.

Alessandri la define como “la que proviene de un hecho ilícito intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro... . No hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay el daño se produjo al margen de ella... . Supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella la que crea la obligación de reparar el daño.

Para Josserand, se está en presencia de responsabilidad delictual cuando “un individuo causa a un tercero directa o indirectamente por su hecho activo o por su negligencia, un daño que no se reduce a la inejecución de una obligación contractual preexistente... Si el autor del daño debe repararlo su responsabilidad delictual está comprometida.

Como ya vimos al estudiar el tema de la responsabilidad contractual, el profesor Hinestrosa, clasifica la responsabilidad civil en concreta y abstracta, alejándose de la clásica distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. Es así como afirma que “para cuando entre la víctima y agresor no existía nexo concreto alguno, cuando entre ambos no mediaba relación específica alguna y su acercamiento se funda exclusivamente en el acto dañino, se tiene responsabilidad.

El autor colombiano Martínez Rave define la responsabilidad extracontractual como “la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañ En esta definición el autor no hace referencia alguna al hecho de que las partes de la relación dañosa, es decir, la víctima y el autor del daño tengan o no relación o vínculo jurídico anterior, pero en la misma obra en páginas anteriores al referirse a la responsabilidad en general, consagra lo que tradicionalmente se ha entendido por responsabilidad extracontractual como “la que nace para la persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual legal. Es decir, que nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica anterior⁷⁹.

2. Principio de la unidad de la culpa civil

⁷⁹ ORDOQUI, Gustavo y OLIVERA Ricardo. Derecho Extracontractual. Volumen II, Compendio de Responsabilidad Extracontractual. Montevideo : Ediciones Jurídicas Amalio M Fernández, 1974, pág. 47.

Es necesario señalar que entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual existen grandes diferencias, en cuanto la causa jurídica que le da origen a la deuda y que permite que nazca a la vida jurídica, y la exigencia legal del deber de reparar. Esto es, que mientras la responsabilidad contractual surge en virtud de la celebración de un contrato ya sea de derecho civil, comercial, financiero, o un contrato administrativo, la deuda surge en virtud del compromiso adquirido en las estipulaciones del contrato ya sea una prestación de “dar, hacer o no hacer”⁸⁰.

En el caso de la responsabilidad extracontractual la obligación o deuda surge no en virtud de la celebración de un contrato, sino en virtud de causales cuyo origen no tiene causa jurídica en un contrato, sino por fuera de este. Es así como la deuda surge en virtud de un delito que obliga a reparar civilmente los perjuicios que sufre la víctima, o de una acción, omisión que causa un daño a una persona⁸¹.

Luego podemos afirmar, que entre la responsabilidad contractual y la extracontractual hay un límite de “*demarcación*” en la causa que da origen a la responsabilidad, mientras que en relación a los efectos o consecuencias de esa causa no existe diferencia. Es así como en ambos casos surge “el deber de reparar el daño patrimonial causado”⁸².

Es por eso que este trabajo, tiene como núcleo esencial el “*daño patrimonial*”, que es lo que permite una vez probado hacer la imputación a la persona que se le atribuye la conducta omisiva, la vía de hecho, la acción o la operación administrativa, que en el caso de la responsabilidad civil contractual es el contratista estatal o el contratante privado, el interventor, supervisor y/o consultor en cada caso particular⁸³.

⁸⁰ PICAZO DIEZ, Luis. Derecho de Daños. Editorial Civitas, Madrid, 1999, Pág. 41.

⁸¹ RODRIGUEZ NAVARRO, Doctrina Civil del Tribunal Supremo, Tomo VII, Pág. 5873, cita veinticinco sentencias.

⁸² PÉREZ VIVES, Álvaro. Teoría general de las obligaciones. Tomo II. Ed. Temis, Bogotá, 1968, Pág. 144.

⁸³ PHILIPPE LE TOURNEAU, Lois cadiet: Droit de la responsabilité, Paris, Dalloz, 1992 Ed. Montchrestien, 1966, Pág. 1 y ss.

“El principio de la unidad de culpa civil” propende porque esta sea la base que funda la atribución subjetiva de la responsabilidad civil del sujeto que se le atribuye el daño, y estima que ese culpa civil es un sola y que tiene los mismos alcances tanto en la responsabilidad contractual y en la extracontractual⁸⁴.

En mi opinión, el pretendido *“principio de unidad de la culpa civil”* para que sea aplicada a los dos regímenes de responsabilidad, es decir el contractual y la extracontractual es una falacia, puesto que en la responsabilidad civil contractual una de las partes se ha comprometido a realizar una actividad o resultado de ella frente a la otra parte, y como resultado de esta obligación a la que se ha comprometido ejecutar y como consecuencia de este compromiso aceptado se encuentra en una situación que lo coloca frente a un tipo de deberes. Otra cosa es la responsabilidad extracontractual, en donde quien causa un daño a otro es una persona con quien no existe previa relación jurídica, ni compromiso especial⁸⁵.

En la relación contractual hay una reglamentación de intereses que las partes convienen, y contiene tanto reglas de diligencia a prestar y la distribución de los riesgos y las definiciones de la responsabilidad civil, también denominada *“responsabilidad obligacional”*. De allí que quien demanda la reparación del daño patrimonial en el régimen de responsabilidad civil ocasionado dentro de una relación contractual, no puede pretender hacerlo por el régimen de responsabilidad extracontractual, en donde no se ha pactado contractualmente esquemas de riesgos, ni deberes especiales⁸⁶.

Como corolario de lo anterior, encontramos que siempre que entre las partes existe una relación contractual y el daño patrimonial es producto o consecuencia del

⁸⁴ Mazeaud-tunc-chabas, OB, CIT, Tomo I, Pág. 96 y ss.

⁸⁵ Ob. Cit. Tomo I. Georges Ripert, Pág, 488.

⁸⁶ Alessandri Rodríguez. De la responsabilidad civil en el Derecho Civil Chileno, Pág. 24 y ss.

cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que se derivan de la relación contractual, ya sean obligaciones expresamente pactadas o deberes accesorios de conducta que emanan de la buena fe o de los usos o costumbres de los negocios, “*la responsabilidad civil es de orden contractual, con arreglo a las reglas del principio iura novit curia, que traduce: dame los hechos y te daré el derecho*”⁸⁷.

3. La responsabilidad civil derivada del delito con ocasión de la gestión contractual del Estado

El artículo 1494 del Código Civil colombiano, dispone que las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades de dos o mas personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos, ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia⁸⁸.

Así mismo, los artículos 102 y siguientes del Código de Procedimiento Penal del Sistema Acusatorio, regula el incidente de la reparación integral para que el sujeto penalmente responsable, producto de la condena en materia penal indemnice los perjuicios civiles recibidos como consecuencia del delito. La responsabilidad civil derivada del delito, en Colombia solo es posible de conformidad con la Ley 906 de 2004 y con el sistema penal de la Ley 600 de 2000 cuando existe sentencia penal condenatoria debidamente ejecutoriada, de tal manera que la acción civil en este caso la denominamos *ex delicto* ya que la acción penal es consecutiva y formulativa de esta, de tal manera que al tener un origen exclusivamente penal solo a la

⁸⁷ Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal, Roberto López Cabana, Ob cit, Pág. 187; Philippe le Tourneau, Loic Cadiet Ob. Cit, Pág 251. Jacques Ghestin, Genevieve Viney, Ob cit T. IV, Pág 197; Patrice Jourdain, Ob cit. Pág 31. Luis Pascual Estevill, Ob. Cit. T. I, Pág, 16.

⁸⁸ Von Thur, ob cit tomo i, pág. 277.

jurisdicción penal le compete su aplicación⁸⁹.

Con todo es necesario señalar que el juez penal que dicta la sentencia condenatoria, una vez se declare la ejecutoria de la misma, si la víctima o el Ministerio Público, o la Fiscalía General de la Nación promueve el incidente de reparación integral que es una acción civil, si reúne los presupuestos procesales le da inicio al procedimiento, despojándose de la investidura de juez penal para avocar la investidura de juez civil y conocer del incidente de reparación integral del daño causado por el delito.

El procedimiento debe surtirse en cuanto a las etapas procesales por los artículos 102 y siguientes del Código de Procedimiento Penal del Sistema Acusatorio, pero en los demás aspectos procesales, probatorios se les aplica las instituciones del Código General del Proceso. Para ello, es necesario precisar, que la sola Sentencia penal condenatoria no es suficiente para que el juez en materia civil condene al pago de los perjuicios y ordene la reparación del daño integral, toda vez que el demandante civil debe probar no la responsabilidad penal que ya está en una sentencia, sino la responsabilidad civil cuya fuente de las obligaciones es la responsabilidad penal decretada y debe hacerlo teniendo en cuenta lo siguiente: En primer lugar debe tener en cuenta que el daño patrimonial de cuya reparación se solicita tiene dos componentes: Los daños materiales y los daños inmateriales.

Los materiales son el lucro cesante y es lo que dejó de percibir como consecuencia del daño ocasionado como víctima del delito; el daño emergente son los bienes y recursos que salieron de su patrimonio en su condición de víctima del delito. Los daños inmateriales, son los daños morales objetivados y subjetivados. El daño objetivado es la afectación a la imagen de la persona que lo sufre, y el daño subjetivado es el precio del dolor y de sufrimiento de la víctima, que en tratándose de personas naturales es posible la reclamación tanto de los daños objetivados como

⁸⁹ MARCEL PLANIOL, Georges Ripert, ob cit Tomo VI, Pág. 513.

los subjetivados; no así ocurre con las personas naturales, que son susceptibles de daños inmateriales objetivados, y no de daños subjetivados. Todo ello cuantificado es el valor a pagar a título de reparación o indemnización de los daños patrimoniales padecidos⁹⁰.

Así mismo, debe tenerse en cuenta el tipo penal, el análisis de la antijuridicidad, de la culpabilidad, el dolo o la culpa, la modalidad de participación en relación al título con el que concurre el sujeto activo a la comisión del delito, ora como determinador, autor, coautor o cómplice, las circunstancias de mayor o menor punibilidad, concurso homogéneo o heterogéneo de delitos; y la pluralidad o singularidad de la víctima en tanto el sujeto pasivo de delito o de los delitos sea uno o mas personas. Así mismo debe tenerse en cuenta si la víctima del delito son personas naturales, personas protegidas, personas jurídicas privadas, o personas jurídicas públicas⁹¹.

Es importante las individualizaciones anteriores, toda vez que debe tenerse en cuenta que si en una misma sentencia penal se condena a varias personas, será el juez penal investido de jurisdicción civil quien establezca la cuantificación de la reparación del daño patrimonial ocasionado como consecuencia del delito, pero si existen diversos procesos penales contra personas diferentes por los mismos hechos, ya por que se haya presentado la ruptura de la unidad procesal, o porque se hayan formulado imputaciones en procesos separados en tiempos procesales distintos, debe tenerse en cuenta que en casos de pluralidad de acusados, el incidente de reparación integral puede iniciarse por cada sentencia penal que se vaya expidiendo; pero debe tenerse en cuenta que en razón a los delitos investigados, las pruebas, los victimarios, las modalidades de participación es posible que el juez pueda individualizar exactamente la cuantificación del daño ocasionado por cada

⁹⁰ Sentencia, Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia del 9 de Julio de 1956, del 21 de febrero de 1952, del 24 de mayo de 1945, del 4 de octubre de 1945, de abril 2 de 1943, del 17 de septiembre de 1975. Gaceta Judicial.

⁹¹ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 13 de Septiembre de 2002, Expediente 6.199, magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas.

partícipe en cada incidente de reparación integral, pero todo ello depende de la demanda del incidente de reparación que tiene la carga de formular las pretensiones económicas de indemnización del daño debidamente individualizada, probando conforme al grado de participación de cada uno, cuanto es el valor que debe pagar, sin que tenga en casos de coautoría o de victimarios plurales la facultad de renunciar a la reparación de los que aún están en juicio para exigirle la reparación en forma solidaria y mancomunada al primero de los condenados⁹².

Se puede exigir la reparación del daño patrimonial en forma de solidaridad civil, cuando todos los partícipes e intervinientes están en la misma sentencia penal, pero no así cuando están vinculados a distintos procesos penales, y solo uno de ellos esta condenado y la providencia ejecutoriada.

Pero como hemos dicho que cada incidente de reparación integral es autónomo, en la medida en que si el demandante prueba la responsabilidad civil individualizada de cada uno, sin que pueda exigirle el pago que le corresponde a los otros partícipes, hemos de señalar igualmente que si no fuere posible individualizar la pretensión en cada caso, procederá entonces la solicitud ante el juez del incidente de reparación integral la solicitud de decretar la prejudicialidad, en el sentido que debe esperarse la condena penal de los otros acusados, con la finalidad de poder integrar un litis consorcio necesario.

Si el juez del incidente de reparación estima que conforme a la sentencia penal es posible adelantar el proceso sin vulnerar los derechos fundamentales del demandado, en el sentido que existe demarcación entre la responsabilidad del condenado y de los acusados en otros procesos, continuará con el proceso que deberá culminar con sentencia civil, y en el caso que decida condenar al demandado, si luego los jueces penales en los procesos penales pendientes establece la

⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Abril de 1979, en Jurisprudencia y Doctrina, Volumen 8, Pág 431.

responsabilidad penal de los otros acusados, procederá el demandado si lo estimare a solicitar la revisión extraordinaria de la sentencia civil que le ordenó el pago de la totalidad de los perjuicios o de una parte de ellos en mas de lo que legalmente debía pagar.

En los casos de las aseguradoras que amparan con pólizas bienes, personas y contratos estatales, encontramos que si como consecuencia del delito la aseguradora debió pagar el siniestro, esta debió reconocer y pagar por la causa jurídica del contrato de seguros, pero no es víctima del delito por el pago que realizó al beneficiario de la póliza.

En el caso de los contratos estatales, si la entidad pública como beneficiaria de una garantía es víctima de un delito cometido por el contratista o funcionario, y como consecuencia del delito debe pagar el valor comprometido al beneficiario en la póliza de seguros, la aseguradora podrá repetir contra el patrimonio del contratista a través de las acciones ordinarias, pero puede hacerse reconocer como víctima dentro del proceso penal contra los funcionarios de la entidad contratante, como tampoco contra los empleados de la empresa contratista del Estado, y menos promover la acción de reparación integral, porque esto solo lo puede hacer las víctimas.

Por último, es necesario precisar que en el incidente de reparación integral, como en todo proceso civil la presentación de las pretensiones, de las pruebas, su contestación, solicitud de pruebas, debe reunir todos los requisitos de una demanda ordinaria de responsabilidad extracontractual regulada por el Código de Procedimientos Civil, las pruebas deben cumplir con los requisitos de pertinencia, procedencia, conducencia y utilidad, la formalidad de su práctica. Los testimonios técnicos, los peritazgos solicitados deben ser decretados por el juez, y la designación de los peritos le corresponde al Juez hacerlo de la lista de auxiliares de la justicia.

No es posible la solicitud, la práctica de pruebas conforme a la libertad probatoria

que en materia penal introduce la Ley 906 de 2004, de tal manera que los testigos no pueden introducir las pruebas documentales, o periciales que el demandante no solicito en su demanda inicial y en su oportunidad al juez, como tampoco el juez podrá aceptar los informes técnicos contratados y elaborados por peritos particulares de la parte demandante como opera en el sistema acusatorio.

Por último, el demandante deberá probar no la responsabilidad penal del demandado, sino la relación de causalidad existente entre los hechos que dieron lugar a la sentencia penal, y la producción del daño que reclama en el incidente de reparación integral, lo cual no significa que la sola sentencia penal sea sinónimo de responsabilidad civil. Si el demandante no demuestra en el incidente, la relación de causalidad entre los hechos que dieron lugar a la sentencia penal, con la producción del daño patrimonial cuya indemnización económica reclama, necesariamente el juez del conocimiento del incidente de reparación integral deberá absolver al demandado.

El demandante, debe probarle al Juez penal con investidura de Juez civil que conoce del incidente de reparación integral, todos los hechos objeto de la imputación penal, la acusación de la Fiscalía General de la Nación, y la Sentencia de primera, segunda instancia, y hasta la sentencia de casación si la hubiere: así mismo debe tener en cuenta las pruebas practicadas en el juicio oral, así como aquellas soporte del preacuerdo o allanamiento en el caso que lo hubiere.

Por ejemplo, en el caso que el demandado haya sido condenado por delitos a título de coautor, cómplice, o como determinador, debe tenerse en cuenta también su participación el hecho punible, sus agravantes, y la calificación de la gravedad de los hechos por parte del juez penal.

Lo cual indica que nunca será igual la reparación que debe hacer el cómplice, el encubridor, el sujeto activo de favorecimiento en cualquiera de sus modalidades, quien participa en el trámite de un fraude procesal, del delito de celebración de

contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, en interés indebido en celebración de contratos, en celebración de contrato con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, de peculado por apropiación en provecho propio, que el de terceros. La responsabilidad civil patrimonial de quien participa en el trámite de un hecho punible, necesariamente es inferior en términos cuantitativos, que la responsabilidad civil de aquel sujeto activo del ilícito penal que su participación fue determinante, concluyente para su realización, como quien usa un documento, quien suscribe el contrato, da la orden de pago, quien aprueba una cesión etc.

Si el demandante no prueba ante el Juez del conocimiento del incidente de reparación integral la sentencia, las piezas procesales del proceso penal, y pierde la oportunidad procesal de aportarlas en el curso del incidente de reparación integral dentro de las oportunidades probatorias que establece el Código General del Proceso, no habrá lugar a que el Juez determine responsabilidad civil alguna contra el demandado, pues recordemos que el demandante tiene la carga de probar los hechos que dieron lugar a la afectación patrimonial del acreedor, el daño patrimonial, y la relación de causalidad entre la conducta y el daño. Sin la prueba de esos tres elementos habrá lugar a la absolución del demandado.

4. El alcance patrimonial de las obligaciones incumplidas generadoras del daño contractual

Para establecer el alcance patrimonial de la producción del daño, esto es la valoración de los perjuicios ocasionados al acreedor por parte del deudor que ha incumplido con la ejecución de la obligación de manera definitiva o parcial, o porque haya ejecutado la prestación de manera defectuosa, tardía, irregular, debe partirse del fundamento de la responsabilidad civil que en este caso es el mismo contrato.

De allí, que partimos de la fórmula del contrato y de su naturaleza, y es su carácter conmutativo, así como la identificación del tipo de la obligación, en cuanto esta sea

de medio o de resultados.

Así las cosas, el daño contractual es de orden material, y lo podemos tipificar pariendo de que el deber de ejecución este estipulado en las obligaciones comunes de las partes, o en las obligaciones especiales del contratante o del contratista, dependiendo quien sea el deudor y el acreedor en cada prestación. Así, el daño patrimonial de orden material, estará en el rubro del daño emergente, en cuanto este se produzca en razón del costo que salió del patrimonio del acreedor de la prestación incumplida como consecuencia del daño, esto es, el costo financiero que le tocó asumir al contratista por el no desembolso oportuno del anticipo o pago anticipado pactado, o del pago de las prestaciones estipuladas, o la no entrega oportuna de los diseños o predios para la ejecución de la obra.

Así mismo, será daño emergente el mayor valor de la interventoría que le correspondió asumir a la administración por la no ejecución de los trabajos en el plazo inicial del contrato, o la inversión que haga la administración para corregir los defectos de calidad de los bienes, servicio o de las obras construidas con los entregó el contratista etc.

El lucro cesante, producto del incumplimiento de un contrato estatal igualmente está determinado por su tipología, pero se cuantifica bajo el entendido que para el acreedor de la prestación cesa total o parcialmente los ingresos que tenía previsto con el cumplimiento de la prestación estipulada en el contrato, tal como cuando en un contrato de concesión vial se estipula la puesta en funcionamiento un tramo importante en la vía para una fecha determinada, y el concesionario lo entregó en una fecha posterior, y producto de ellos la administración concedente debió restablecer el equilibrio económico del contrato, o hacer desembolsos al concesionario en ele evento en que haya estipulado garantía mínima de ingresos, o se presentó una mora en la entrega de la infraestructura hospitalaria para la concesión de la prestación de servicios de salud, o la mora se produce en la entrega

del Estadio que genera ingresos por los partidos de fútbol, o los parques de recreación que tiene tarifas de ingresos.⁹³

CAPÍTULO TERCERO. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A CASOS CONCRETOS DE REPARACIÓN PATRIMONIAL DERIVADA DEL CONTRATO ESTATAL

SUMARIO. 1. La noción jurídica-contractual del daño indemnizable y resarcible. 2.-Alcances patrimoniales de los elementos de la responsabilidad civil-contractual. 3.- La teoría de la causalidad en la responsabilidad civil-contractual: relación causa efecto

1. La noción jurídica-contractual del daño indemnizable y resarcible

La doctrina moderna ha venido desarrollando el concepto de daño, como Larenz, que señala; *“Daño es el menoscabo que consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”*. Para Scognamiglio, *“el daño coincide en todo caso con la lesión de un interés o con la alteración in peius del bien idóneo para satisfacer aquél o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que por lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa⁹⁴”*.

⁹³ ORTIZ, ALVAREZ. El daño cierto en la responsabilidad patrimonial de la administración pública, Caracas, Ediciones Jurídica Venezolana, 1995, p.p 30.

⁹⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de la Responsabilidad Civil. Ediciones Legis S.A Bogotá, 2007, Volumen II, Pág. 326.

Como podemos observar, esas definiciones que la doctrina hace del daño patrimonial, hace referencia a aquel daño tanto de carácter material como inmaterial, pues el daño moral hace parte de éste último. Es por ello que para efectos de la responsabilidad civil contractual, solo nos interesa el daño patrimonial, es decir, aquel de contenido material que recae sobre conceptos materiales del patrimonio, esto es, la el lucro cesante del patrimonio y el daño emergente del patrimonio; y los daños inmateriales que son susceptibles de cuantificación económica, como los daños morales objetivados y subjetivados⁹⁵.

De allí que el daño patrimonial, surge en virtud de la responsabilidad civil de las entidades públicas contratantes en relación a su contratante por el grado de incumplimiento de las obligaciones a su cargo, tales como el pago de la mayor permanencia en obra del contratista por causas imputables a la administración contratante, por la no entrega de los predios o de los diseños, materiales y equipos, en caso que así se haya estipulado en el contrato, o la mora o retardo en el desembolso de los anticipos o en el recibo de los bienes y servicios, obras etc. sin causa justificada.

De otra parte, puede surgir la obligación de reparar el daño patrimonial al Estado contratante por incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato estatal, ya sea por mora o retardo, o por inejecución definitiva del contrato, o por cumplimiento defectuoso de la obligación⁹⁶.

Es por ello que el daño patrimonial indemnizable y resarcible de una parte contractual a la otra, nos permite construir la siguiente definición moderna y contemporánea de **daño patrimonial contractual**, así: *“Es la lesión al patrimonio de los extremos de la relación contractual en el contrato de derecho administrativo representado en el*

⁹⁵ SANTOS BRIZ, Jaime. Define el daño como: “Todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra”.

⁹⁶ ALEX WEILL Y FRANCOIS TERRE, Drot civil. Les obligations, -a Edición, parís, Dalloz, 1980, Pág. 601.

*menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos del estado contratante o de los bienes o recursos privados del contratista privado, del garante, del tercero financiador del contrato; o la lesión a los intereses patrimoniales de las partes contractuales por el incumplimiento definitivo, o por retardo o mora, o por el cumplimiento defectuoso del contrato, ya sea por acción u omisión a título de dolo o culpa contractual*⁹⁷.

Esta definición de daño patrimonial, es transversal a todos los regímenes de responsabilidad, en tanto puede ser utilizada por la responsabilidad civil, penal, disciplinaria, fiscal de los sujetos de responsabilidad establecidos en la cláusula general de competencia y por la cláusula general de responsabilidad establecida en los artículos 2 y 90 constitucionales⁹⁸.

2. Alcances patrimoniales de los elementos de la responsabilidad civil-contractual

Los alcances patrimoniales de los elementos del Derecho de la responsabilidad civil o el Derecho de daños, están dados por el fundamentación del régimen de responsabilidad contractual que es el contrato celebrado y su tipología misma. Así es necesario que el contrato sea válidamente celebrado, y que el daño contractual sea producto de la inejecución de las obligaciones estipuladas en el contrato.

El alcance patrimonial de los elementos de la responsabilidad civil, comprende los siguientes escenarios: La conducta o comportamiento contractual del deudor debe ser por la omisión de ejecutar la prestación a que se obligó, o por vía de acción ejecutarla, pero de manera extemporánea, tardía o en forma defectuosa. En este orden de ideas, de acuerdo a la intensidad de la lesión al patrimonio que genera la

⁹⁷ BUSTAMANTE ALSINA, J. Teoría general de la responsabilidad civil. 4a Edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1983, Pág. 319.

⁹⁸ ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1982.

acción u omisión contractual, así será las herramientas cuantitativa de que se disponga para la liquidación del daño patrimonial que padece el acreedor contractual.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que para cuantificar el daño contractual, debe determinarse la participación del deudor contractual en la configuración del daño, pues una cosa será si la inexecución o ejecución defectuosa provino de del deudor contratante, deudor contratista, o del consultor si los defectos son de calidad de los diseños, o del interventor si facilitó la implantación defectuosa de los diseños, o la ejecución del contrato o dio por recibido bienes y servicios en cantidad y calidad inferior a lo estipulado en el contrato. Así las cosas los elementos de la responsabilidad son herramientas de medición del alcance del daño patrimonial que padece el acreedor contractual, pues la responsabilidad patrimonial contractual, civil y del Estado se determina cuando se establece la relación de causalidad en relación a que el daño patrimonial sufrido es producto o consecuencia del incumplimiento definitivo, parcial o cumplimiento defectuoso de la prestación, y es lo que la doctrina conoce como relación de causalidad⁹⁹.

3. La teoría de la causalidad en la responsabilidad civil-contractual: relación causa-efecto

En materia de responsabilidad civil, utilizamos el elemento de la causalidad para encontrar alguna razón para ligar el daño patrimonial a una persona para que responda por la acción u omisión, y asuma el costo económico del deber de reparar haciéndola responsable de las consecuencias indemnizatorias para lo cual el Código Civil impone el deber de indemnizar al que causa un daño a otro¹⁰⁰.

⁹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de Junio de 1994. C.P. Carlos Betancurt Jaramillo, Actor Víctor Armando Pinilla Pinilla, Exp. 9015.

¹⁰⁰ SATOS BRIZ; Jaime. La responsabilidad civil, 3ª Edición. Madrid, Editorial Montecorvo. 1981, Pág. 123 y ss.

Esa causalidad, en tratándose de la responsabilidad contractual esta determinada por el mismo contrato, que estipula cuales son las obligaciones y deberes contractuales generales, especiales y comunes de cada parte, luego la generación del daño patrimonial, la causa que lo produce, es decir el incumplimiento o cumplimiento defectuoso esta determinada por unos efectos entre la causa y el resultado que es el daño, y desde luego la imputación de la responsabilidad civil contractual es consecuencia de esa liga entre causa y efecto¹⁰¹.

¹⁰¹ LOUIS, Josserand, Derecho Civil, Tomo II, Volumen 1, Pagina 489.

SEGUNDA PARTE

LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL DAÑO PATRIMONIAL EN LOS CONTRATOS ESTATALES

TÍTULO PRIMERO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL- CONTRACTUAL DE LAS PARTES EN EL CONTRATO ESTATAL

CAPÍTULO PRIMERO. LA TIPOLOGÍA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DERIVADA DEL CONTRATO ESTATAL

SUMARIO. 1. Tipología de responsabilidad civil- contractual según el origen del daño. 2.-Las modalidades de culpa contractual según los tipos de responsabilidad civil. 3.-La Responsabilidad civil-contractual en las obligaciones de medio y de resultados. 4.-Hacia noción de responsabilidad civil y de daño para la seguridad jurídica de los derecho patrimoniales estipulados en los contratos estatales

1. Tipología de la responsabilidad civil-contractual según el origen del daño patrimonial

El fundamento o régimen jurídico de la responsabilidad civil-contractual la encontramos en el mismo contrato estatal, ya que esta tiene su origen en el daño patrimonial que surge o se produce por el incumplimiento de las obligaciones contractuales puro y simple del contrato, o como lo señalábamos antes en el incumplimiento concreto del plazo del contrato por mora o retardo o en el cumplimiento defectuoso del mismo, pero es la carga de la prueba la que determina

si la clasificación de los contratos son obligaciones de medio o de resultado. Esto es importante en materia de los contratos estatales, para establecer un daño patrimonial transversal a todos los regímenes de responsabilidad, ya que para efectos de la responsabilidad disciplinaria no es necesario que materialmente se produzca el daño, sino que basta con que se infrinja el deber de salvaguarda del patrimonio público o porque se produzca el resultado, esto es el evidente daño patrimonial o porque este no se produjo pero se puso en peligro¹⁰².

Para efectos penales, ese daño será el peculado si la víctima que es el Estado contratante sufrió una lesión a su patrimonio por el dolo de quien teniendo la disponibilidad directa, se apropia para sí o para un tercero de los bienes del Estado. Y en materia de responsabilidad fiscal, el daño patrimonial lo sufre la entidad contratante cuando quiera que los gestores del contrato por indebida gestión fiscal produce una aminoración injustificada del patrimonio estatal comprometido en el contrato.

2. Las modalidades de culpa contractual según los tipos de tipos de responsabilidad civil

En materia de los contratos estatales, encontramos contratos de prestación de servicios profesionales, de apoyo a la gestión , contrato de intermediación de seguros, contratos de fiducias públicas, en donde las obligaciones del contratista son las de poner todo su empeño, cuidado y diligencia en la prestación del servicio. En estos casos, podemos afirmar que el contrato contiene obligaciones o prestaciones de medio, y la responsabilidad civil del contratista en estos casos solo se presenta por cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales.

¹⁰² LINA BIGLIAZZI GERI, UMBERTO BRECCIA, FRANCESCO D. BUSNELLI, UGO NATOLI. Traducción de Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Tomo I, Volumen II, HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS. Bogotá 1995, Pág. 738.

Pero el contratante estatal, que es el acreedor de la prestación, si puede incurrir en responsabilidad civil- contractual por el incumplimiento de sus obligaciones con mora o retardo o con el incumplimiento puro y simple, puesto que si el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista solo es posible con la entrega de los documentos, de los expedientes para desarrollar la prestación del servicio y este no se lo entrega, el contratista se presenta ante la excepción de contrato no cumplido por parte del contratante. En este caso la obligación de medio solo será para el contratista particular¹⁰³.

El Código Civil colombiano y el Estatuto General de Contratación de las Administraciones Públicas, no regula la clasificación ni la definición de las obligaciones de medio y de resultado, siendo esto desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Es el mismo contrato según su tipología y naturaleza la que estipula el carácter de las obligaciones, de tal manera que si son aquellos en donde el contratista se compromete a entregar como en la obra pública un resultado concreto, serán las obligaciones de resultado, y si pro el contrario son aquellos de gestión profesional médica, abogacía por ejemplo serán de medio.

La carga de la prueba en las obligaciones de medio es del acreedor contratista estatal, en donde por ejemplo en el caso de un contrato de prestación de servicios profesionales para la defensa judicial de la Entidad, le corresponde la carga de la prueba de demostrar la culpa y el incumplimiento del contratista. Pero existe otros casos en donde en las obligaciones de medio se presume la culpa del contratista como en el caso del servicio médico en donde al deudor médico de la prestación le

¹⁰³ LINA BIGLIAZZI GERI, UMBERTO BRECCIA, FRANCESCO D. BUSNELLI, UGO NATOLI. Traducción de Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Tomo I, Volumen I, NORMAS SUJETOS Y RELACIÓN JURÍDICA. Bogotá 1995, Pág. 738.

corresponde la carga de la prueba en el sentido de demostrar la ausencia de culpa, indicando que a pesar de la suma diligencia y cuidado observado no pudo evitar el resultado presentado en el paciente.

En los casos de las obligaciones de medio opera el régimen de responsabilidad civil con la culpa probada, mediante que en los casos de las obligaciones de resultado como el contrato de obra la norma general es que nada exonera al deudor de la responsabilidad por incumplimiento, salvo los casos de fuerza mayor, caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

3. La responsabilidad civil-contractual en las obligaciones de medio y de resultado

Los contratos estatales, en primer lugar establece en su objeto el carácter y naturaleza de las obligaciones que se adquieren en virtud de su celebración. Pero como quiera que se trata de contratos que suscribe la administración pública, para satisfacer intereses generales de la comunidad, encontramos que existen una reglas frente a la cuales no se puede soslayar el operador contractual de su cumplimiento, tales como la inmutabilidad del carácter cualitativo del objeto del contrato, que parte del supuesto que el objeto del contrato una vez celebrado no se puede modificar. Otra cosa, es que durante la ejecución del contrato si fuere necesario mayor cantidad de obras de las inicialmente contratadas, o complementarias para el cumplimiento del fin principal del objeto contratado, las partes de común acuerdo lo puedan realizar, salvo que la administración por vía de la aplicación de las cláusulas excepcionales los pueda modificar de conformidad con el artículo 14 de la Ley 80 de 993.

Así las cosas, los contratos estatales incorporan igualmente obligaciones de hacer, de dar, entregar o de no hacer, lo que se puede calificar en cada tipología de los contratos, descritos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y los contratos tipificados

en el derecho civil y comercial que suscribe el Estado, ya sea contratos de obra, de concesión, de prestación de servicios, de compra y venta, de suministro entre otros, como contratos con obligaciones de medio o de resultado, según se estipule la entrega de productos materiales concretos, o se estipule la ejecución de actividades propias del deber de diligencias, cuidado y de disponer de todos los medios necesarios para asesorar o revisar inspeccionar, vigilar, asesorar al acreedor contratante de la prestación¹⁰⁴.

4. Hacia una noción de responsabilidad civil y de daño para la seguridad jurídica de los derechos patrimoniales estipulados en los contratos estatales

En este estado de cosas, encontramos que la noción del Derecho de la responsabilidad contractual de orden civil y del Estado en relación a los contratos estatales, parte del Derecho privado y concretamente del artículo 1602 del Código Civil en cuanto el contrato es ley para las partes, y cuyo principio se aplica a los contratos que suscriben las administraciones públicas.

Así mismo, el artículo 1501 del C.C, establece los elementos de los contratos, clasificados en esenciales, de naturaleza y accidentales. Así “ *se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuáles, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales*”.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Ley 80 de 1993, artículos 13, 14, numeral 2º, 19 y 32.

¹⁰⁵ Sala de Casación Civil y Agraria, M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Sentencia, de Agosto 14 de 2000, Referencia: Expediente No. 5577.

De otra parte, encontramos que el artículo 1502 del C.C, establece que “ *para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º) que sea legalmente capaz; 2º) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º) que recaiga sobre un objeto lícito; 4º) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra*”¹⁰⁶.

Estos institutos contractuales del Derecho Civil, son plenamente aplicables a los contratos estatales en virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que establece: “*Artículo 13. Normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a las que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...*”

De otra parte, el artículo 3º del Estatuto de contratación de las administraciones públicas, señala que “*los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones*”.

Con los anteriores preceptos legales citados, nos permitimos plantear que la noción de responsabilidad contractual civil y del Estado, en tratándose de contratos estatales, tiene un nuevo marco legal y dimensiones especiales, en tanto la construcción de la doctrina y de la jurisprudencia nacional convergen en que las

¹⁰⁶ Corte Constitucional, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, Sentencia C-983 de Noviembre 13 de 2002. Expediente No. D-4141.

reglas decisionales en materia de esta tipología de responsabilidad deben estar orientadas por los principios que orientan la contratación estatal tales como transparencia, economía, responsabilidad establecidas en los artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 209 de la Constitución Política; así como también por los principios del derecho administrativo, en tanto los contratos estatales son una herramienta para satisfacer necesidades públicas y cumplen una función social y económica en el mercado y en el contexto estatal y de lo público. De allí, que la noción de responsabilidad contractual o de derecho de daños en materia de contratos estatales, tenga dimensiones y alcances que nos permiten construir una noción especial de este tipo de responsabilidad¹⁰⁷.

CAPÍTULO SEGUNDO: REQUISITOS Y PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL EN LA GESTIÓN DE LOS

¹⁰⁷ Corte Constitucional. Sentencias C-506 del 10 de noviembre de 1995, C-040 del 26 de enero de 2000, C-230 de 1995, C-949 de septiembre 5 de 2001; C-963 de 1999, C-262 de 1995, C-702 de 1999, C-1190 de 2000 y C-401 de 2001.

CONTRATOS ESTATALES

SUMARIO. 1. Es necesario que se haya celebrado un contrato estatal válido. 2.- Responsabilidad civil pre-contractual y el daño patrimonial generado en el íter contractual. 3.-Responsabilidad civil contractual por la ocurrencia del daño patrimonial durante la ejecución del íter contractual. 4.-Responsabilidad civil-contractual por la ocurrencia del daño patrimonial durante la fase post-contractual del contrato estatal. 5.-Es requisito que el daño surja de la inejecución de las obligaciones por incumplimiento de retraso, incumplimiento definitivo o del cumplimiento defectuoso de la prestación

Es importante señalar que dentro del régimen de responsabilidad civil -contractual, es necesario que para que exista responsabilidad de una de las partes, debe existir un daño patrimonial del acreedor al deudor. En los contratos estatales el acreedor general es el contratante estatal y el deudor general es el contratista privado, en la medida en que el primero paga una contraprestación o remuneración en el contrato conmutativo a cambio de la ejecución de las obligaciones y objeto del contrato a cargo del contratista. El acreedor es el titular de la exigencia de la obligación de recibir los bienes y servicios contratados, así como la obligación de recibir los actos de ejecución de hacer que haga el contratista, y el destinatario de los beneficios económicos de las obligaciones negativas de no hacer¹⁰⁸.

Pero dentro de ese mismo contrato estatal, encontramos que en ciertas obligaciones podemos afirmar que tanto el contratante y contratista asume la posición jurídica de acreedor y de deudor simultáneamente. Por ejemplo en el contrato de suministro de bienes al Estado, el acreedor es el Estado que recibe el suministro de los bienes contratados y frente a esta prestación el estado es el acreedor y el contratista privado es el deudor; pero una vez el contratista cumple con su obligación de entrega en el contrato de suministro, se convierte en acreedor de la

¹⁰⁸ SANTOS BRIZ, Jaime. La Contratación Privada. Sus problemas en el tráfico jurídico. Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, Pág.105.

obligación de recibir su pago del deudor que es el Estado contratante.

Es la razón por la cual el proceso ejecutivo contractual por el incumplimiento de las obligaciones de pago en el contrato de suministro, se adelanta en virtud de la constitución de un título ejecutivo complejo, que lo configura el contrato estatal de suministro de bienes, junto con las actas de entregas de los suministros a satisfacción, y la factura recibida por la administración, en donde el acreedor es el contratista privado y el deudor es el estado contratante.

De allí, que partimos de la premisa que para que surja la responsabilidad civil contractual del Estado y el particular contratante en materia de contratos administrativos, debe necesariamente existir un daño patrimonial proveniente de la inejecución del contrato ya bajo la modalidad de incumplimiento por retardo o mora, por incumplimiento definitivo en la ejecución del contrato, o el cumplimiento defectuoso de la prestación estipulada para la ejecución de las partes¹⁰⁹.

Los requisitos de la responsabilidad civil derivada de los contratos estatales, exige lo siguiente: La celebración de un contrato válido; la existencia de un daño patrimonial derivado del incumplimiento del contrato por inejecución definitiva del contrato; el incumplimiento por mora, retraso o incumplimiento defectuoso del contrato estatal; y que el daño patrimonial pueda ser imputado al contratante público o al contratista privado según el sistema de riesgos adoptado por el contrato, la naturaleza de la obligación concreta, y la posición jurídica que adopten las partes en cada obligación incumplida como acreedor o deudor, veamos:

1. Es necesario que se haya celebrado un contrato estatal válido

¹⁰⁹ HINESTROSA, Fernando. Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés. Libro III, títulos III y XX. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2006. Pág 225.

El daño patrimonial que debe ser reparado por el contratante o contratista acreedor o deudor de la obligación incumplida, debe surgir de un contrato válidamente celebrado por el Estado con sujeción a los principios y reglas contenidas en el Estatuto General de Contratación, sus normas reglamentarias y el Derecho común¹¹⁰.

Al respecto encontramos que en tratándose de contratos estatales, existen tres etapas que denominamos fase precontractual, la fase de ejecución del contrato y la fase post contractual. La primera de ellas regulada por el ordenamiento jurídico de la contratación estatal y por el mismo pliego de condiciones, la segunda por el ordenamiento jurídico y el mismo contrato, y la última de ellas, se encuentra regulada por la Ley, el mismo contrato con sus modificaciones cualquiera sea la modalidad que haya adoptado, ya sea cesión del contrato, modificación unilateral, contratos adicionales; el de liquidación del contrato de mutuo acuerdo, o bien el acto administrativo ejecutoriado de liquidación del contrato, o bien sea la sentencia ejecutoriada del juez administrativo que realizó la liquidación judicial del contrato, o la sentencia emitida por el juez en sede de acción popular que ordenó la terminación del contrato por declaración de nulidad del mismo¹¹¹.

2. Responsabilidad civil pre-contractual y daño patrimonial generado en el íter- contractual

En este caso analizamos la responsabilidad civil generada en el íter contractual, teniendo en cuenta el procedimiento precontractual desplegado para celebrar un

¹¹⁰ DIEZ PICAZO, LUIS. Ob. Catedrático de Derecho Civil. Fundamentos del Derecho Civil-Patrimonial. Tomo I. Introducción a la Teoría del Contrato. Editorial Civitas, Madrid, 1996, Pág. 55 y ss.

¹¹¹HINESTROSA, Fernando. Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés. Libro III, títulos III y XX. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2006. Pág 301.

contrato estatal en dos escenarios. La responsabilidad civil precontractual en el contrato estatal que se celebró y perfeccionó; y el segundo en el procedimiento precontractual que no pudo concluir con la celebración del contrato estatal, ya sea porque se declaró desierta la licitación, se revocó el procedimiento de licitación, selección abreviada o concurso de méritos convocado, o porque se revocó el acto administrativo de adjudicación del contrato¹¹².

En relación a los contratos civiles y comerciales, encontramos que la responsabilidad civil precontractual se rige por los principios de la responsabilidad civil extracontractual, regulada en los artículos 2341 del Código Civil y 863 del Código de Comercio, en razón a que durante la fase precontractual no existe contrato¹¹³.

En tratándose de los contratos estatales, la responsabilidad civil precontractual es de naturaleza contractual, y se rige por los principios de la responsabilidad contractual, así como también por las reglas especiales establecidas en el Estatuto General de la Contratación de las Administraciones Públicas así:

En primer lugar una es la responsabilidad civil contractual de la administración pública por la expedición de los actos administrativos precontractuales, y la otra la responsabilidad civil precontractual de quien participa en el íter precontractual como oferente. En el primer caso la administración al ordenar la apertura de un proceso de selección del contratista estatal, al recibir la propuesta se compromete a evaluarla y adjudicar el contrato al ofrecimiento más favorable a la administración. El acto de la administración de apertura del proceso selectivo lo obliga a culminar el proceso con la adjudicación del contrato, salvo que por causas legales deba declarar desierto el proceso, o revocar el proceso de selección o de adjudicación.

¹¹² RENE DAVID. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. "a Edición traducido por Pedro Bravo Gala, Madrid, Edición Aguilar, 1973, Págs 11 y ss.

¹¹³ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Decimocuarta edición. Editorial Temis, Bogotá D.C, 2006, Pág. 268.

En el evento en que la entidad estatal revocar el acto de adjudicación del contrato, y no adjudicarle el contrato al oferente que le sigue en orden de legibilidad al adjudicatario inicial, o porque decida declarar desierto el proceso, o revocar el proceso selectivo convocado, encontramos que el contrato estatal no logró celebrarse, existiendo solamente los actos propios del procedimiento precontractual. En este caso, para el oferente que incurrió en gastos para elaborar su propuesta, para pagar el valor de la prima de la garantía de seriedad de la oferta y el costo que le tocó participar, se le configura un daño patrimonial que no está obligado a soportar cuando la causa que da lugar a la declaración de desierto del proceso de selección, de revocación del acto de adjudicación o de revocatoria del acto que ordenó la apertura del proceso de selección. En este caso, hablamos de actos separables del contrato, cuya nulidad y restablecimiento del derecho constituyen actos administrativos precontractuales por fuera del contrato y por tanto demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa¹¹⁴.

Por tanto la responsabilidad en estos casos no es extracontractual, sino que es la responsabilidad civil de la administración por la expedición de un acto administrativo que afecta derechos patrimoniales de quienes asumen la posición jurídica de administrado en un procedimiento administrativo precontractual en calidad de oferentes¹¹⁵.

Se trata entonces de la responsabilidad civil patrimonial de las administraciones públicas por el hecho de la expedición de los actos administrativos irregulares, demandable por las causales de nulidad previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo en defensa del principio de legalidad, y no dentro del régimen de responsabilidad civil extracontractual frente a

¹¹⁴ LEGUINA VILLA, Jesús. La Responsabilidad Civil de la Administración Pública. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 2007, Pág. 171 y ss.

¹¹⁵ BENVENUTI, Appunti di Diritto amministrativo, Padova, 1959, Pág 281 y ss.

lo cual solo procedería la reparación directa¹¹⁶.

En los casos en donde estamos en presencia de un procedimiento precontractual, la responsabilidad civil precontractual la asume el oferente cuando incumple los deberes que el impone el hecho de la presentación de la oferta, amparados en la garantía de la seriedad del ofrecimiento, tal como la de aportar información cierta, exacta a la entidad pública en la oferta, informar las sanciones anteriormente impuestas, informar los contratos en ejecución al momento de la presentación de la oferta y de la firma del contrato, suscribir el contrato, etc.

En el evento en que la entidad verifique que incumplió estos deberes, rechazará la propuesta si aún se encuentra en evaluación o revocará la adjudicación del contrato si ya fue adjudicado y no lo han celebrado aún. Y si el contrato fue adjudicado y el adjudicatario no lo suscribe sin justificación alguna, en este caso y los anteriores arriba indicados la administración procederá a hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta mediante la expedición del acto administrativo respectivo, con el fin de que el garante repare el daño patrimonial causado, frente a lo cual al contratista y al garante solo le queda el derecho a demandar en nulidad y restablecimiento del derecho el acto administrativo que hizo efectiva la garantía de seriedad de la oferta y/o defenderse ante la misma entidad dentro del proceso ejecutivo adelantado en sede de jurisdicción coactiva¹¹⁷.

3. Responsabilidad civil- contractual por la ocurrencia del daño patrimonial durante la ejecución del íter contractual

Al inicio de este capítulo afirmábamos que para que exista responsabilidad civil

¹¹⁶ CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia. Responsabilidad Civil y Patrimonial del Estado, derivada de la administración y prestación de servicios de salud. Editorial Sideme-Temis, Bogotá, 2003, Pág 34.

¹¹⁷ CORTES, Edgar. La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano. Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, "a Edición, 2001. Pág. 30.

contractual teníamos que partir del presupuesto de que el contrato estatal se había celebrado válidamente, esto es que no este incurso en ninguna de las causales de nulidad absoluta del contrato previstas en el derecho común y las especiales del artículo 44 del Estatuto General de la Contratación de las Administraciones Públicas, las cuales consisten en que nos se haya celebrado con personas incursas en causales de inhabilidades e incompatibilidades constitucionales y legales, que el contrato no se haya celebrado contra expresa prohibición legal, que no se haya celebrado con abuso o desviación de poder, cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, o con desconocimiento de los criterios sobre tratamiento de ofertas nacionales o con violación al principio de reciprocidad¹¹⁸.

Esto nos muestra que una vez celebrado el contrato, si se establece que el contrato se celebró a pesar de la existencia de las causales de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Política, o en el artículo 8 y 9 de la Ley 80 de 1993, el contrato está viciado de nulidad absoluta. Así mismo al referirse a la segunda causal, que el contrato sea celebrado contra expresa prohibición constitucional y legal, hace referencia a que la Ley prohíbe la celebración de contratos especiales sin ciertas autorizaciones especiales de los concejos municipales, como también lo señaló el Consejo de Estado en su sala de Consulta y Servicio Civil, mediante Concepto del 9 de octubre de 2014, con Ponencia del Consejero Dr. William Zambrano Cetina, Radicado 2215, en el sentido que *“los Alcaldes Municipales no pueden celebrar contratos estatales si previa autorización del concejo para los siguientes negocios jurídicos: 1. Contratación de empréstitos. 2. Contra comprometan vigencias futuras. 3. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes. 4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes. 5. Concesiones. 6. Las demás*

¹¹⁸ LE TOURNEAU, Philippe. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. La responsabilidad civil. Légis Editores. Bogotá, 2003. P
Pág, 45

que determine la ley” ¹¹⁹.

Así mismo, celebrar contratos sin previa disponibilidad presupuestal dará lugar a sanción disciplinaria para los funcionarios, pero no dará lugar a la nulidad del contrato, lo que significa que en estos casos las entidades deberán buscar las disponibilidades presupuestales para cumplir con el pago de las prestaciones de los contratos ejecutados, y no podrán ampararse en la celebración de la disponibilidad presupuestal para incumplir el pago de las prestaciones ejecutadas. ¹²⁰ El Consejo de Estado en Sentencia Unificada precisó:

“Por su parte, la doctrina ha reiterado que la disponibilidad presupuestal es un instrumento de control del gasto público en orden a la disciplina presupuestal, así:

“La Disponibilidad se concibe como un elemento mediante el cual se busca prevenir o evitar que el Gasto sea realizado por encima del monto máximo autorizado por la correspondiente Ley Anual de Presupuesto durante su ejecución.

(...)

La disponibilidad presupuestal constituye un elemento que permite que el Principio de Legalidad consagrado dentro del sistema presupuestal colombiano pueda cumplirse y hacerse efectivo.”

En conclusión, la Sala observa que la exigencia de la disponibilidad presupuestal se encuentra establecida por el artículo 25 de la Ley 80 de 199370 en forma previa a la celebración del contrato, pero disposición alguna erige la mencionada disponibilidad como elemento esencial a la existencia jurídica del contrato estatal, ni requisito de

¹¹⁹ BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe. La responsabilidad patrimonial del legislador. Confianza Legítima y responsabilidad patrimonial del Estado. Legis Editores. Serie Lex Nova, Universidad del Rosario, 2007. Bogotá, Pág. 279.

¹²⁰ Así lo manifestó el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera – Subsección A; Consejero ponente (e) : Hernán Andrade Rincón; Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil cuatro (2014). Radicación: expediente: Actor: demandado: Referencia:73001233100020030066701

validez del objeto contractual en los términos de la Ley 80.

Así las cosas, la falta de la disponibilidad presupuestal afecta la viabilidad y legalidad del pago, puede comprometer la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios por el daño que cause con ocasión de la violación de las disposiciones presupuestales y contractuales antes citadas, mas no da lugar a la declaración de nulidad absoluta del contrato estatal”.

La responsabilidad civil por el daño patrimonial que ocasione el hecho de la declaración de la nulidad del contrato estatal, merece hacer el siguiente análisis: Si el Juez por decisión judicial declara nulo el contrato estatal, independientemente de que la nulidad se haya propuesto como pretensión, como excepción o fuese declarada de oficio y de quien la haya alegado tiene que haber una relación directa de causalidad entre la nulidad y el daño alegado por el demandante para que exista responsabilidad civil de la persona que da lugar a ella¹²¹.

Así las cosas, observamos que no es la actuación de cualquier persona la que da lugar a la configuración de la causal de nulidad absoluta, porque siendo el contrato estatal eminentemente reglado en su formación por el ordenamiento jurídico que lo regula, observamos que es la norma jurídica la que establece los procedimientos, etapas, criterios, requisitos y competencias para adjudicar el contrato, celebrarlo y ejecutarlo. De allí que si quien da lugar a la causal de nulidad de un contrato es el ordenador del gasto y el funcionario que ejerce la competencia y la capacidad de la entidad para celebrar contratos, es exclusivamente ella la que da lugar con su actuación a la configuración de la nulidad del contrato, y no la actuación de los funcionarios que le sirven de apoyo, lo que dará lugar a que todo el equipo de trabajo pueda incurrir en

¹²¹ FERNANDEZ R. Tomas. De la arbitrariedad de la Administración. Arbitrariedad y discrecionalidad. 5a Edición. Ediciones Thomson-Civitas, Madrid. 2008. Pág. 105.

irregularidades disciplinarias y penales por su intervención, pero la actuación que da lugar a la nulidad del contrato es la del jefe del organismo y no la de otro funcionario o servidor público¹²².

Cuando se trata de la causal de nulidad del contrato, consistente en celebrar contratos estatales con abuso o desviación de poder, observamos que se trata de las decisiones que toman las administraciones en cualquiera de las etapas del íter contractual de manera unilateral, es decir, la expedición de los actos administrativos separables del contrato y no separables del contrato con desviación de poder, que no es cosa distinta a que la administración hace uso de la competencia prevista en la Ley no para satisfacer necesidades e intereses públicos, sino para perseguir fines distintos a los previstos en la Ley, esto es la apariencia de legalidad y la oculta intención irregular.

Las causales previstas en el derecho común aplicable también a los contratos estatales, establecidas en los artículos 1740 del Código Civil y siguientes, cuando dispone que son nulos todos los actos o contratos a que faltan algunos de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie, tipología y la calidad pública o privada que ostentan las partes. Así mismo, el artículo 1502 del Código Civil dispone que para que el contrato sea válido debe contener los requisitos de la capacidad de contratante y contratista para contraer obligaciones, que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; que este recaiga sobre objeto lícito, y que tenga causa lícita.

Así las cosas, el contrato podrá declararse nulo si quien los suscribe no tienen capacidad para ellos, esto es que en tratándose de los contratos estatales, si quien lo suscribe no es el Jefe del organismo, ni su representante legal y no ha sido delegado para ello, será causal de nulidad absoluta del contrato, y la responsabilidad que surja de ellos será solidaria entre quien suscribió el contrato en nombre de la entidad estatal sin tener competencia para ello, y el jefe del organismo que lo permitió, pues esa

¹²² BORREL MACIA, Antonio. Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil. Ediciones Bosch. 2003, Barcelona. Pág. 7. y ss.

omisión genera responsabilidad solidaria de orden civil y fiscal, y responsabilidad penal y disciplinaria de orden individual¹²³.

Lo mismo ocurre con la declaración libre de celebrar y suscribir el contrato y ejecutar todos los actos del íter contractual, y la exigencia de que dicha voluntad no adolezca de vicio en tratándose de entidades públicas tiene que ser del jefe del organismos y de quienes ejerzan sobre ella control de tutela y control jerárquico, pues nadie mas puede incorporar un vicio civil a la voluntad de quien firma y declara la voluntad del Estado en la celebración de un contrato, a no ser que sea inducida a error evidente por las personas que participan en la actuación, pero para ello debe demostrarse que quien celebra el contrato lo hizo exclusivamente en virtud del principio de confianza de quienes apoyan el debate técnico, jurídico y financiero de la Entidad, con ausencia total de conocimiento de ilícito o irregularidad alguna por parte de quien tienen la competencia para celebrar el contrato¹²⁴.

En tratándose del objeto y la causa ilícita, encontramos que tanto el objeto como la causa se refiere a que las actividades y la causa que constituyen las actividades y el móvil que justifican la existencia del contrato deben sujetarse a los fines y móviles previstos en la Ley. En este caso, el dolo, el conocimiento de quien tiene capacidad para comprometer la responsabilidad contractual de la administración, es suficiente para que en la relación de causalidad exigida entre la conducta o actuación del agente contractual que da lugar a la configuración de la causa u objeto ilícito se genere el vicio que da lugar a la nulidad del contrato.

Pues no es de recibo en un régimen de responsabilidad contractual que surge de la celebración del contrato estatal estrictamente regulado en la Ley , que sea la actuación ilícita de persona diferente al representante legal de las partes contratantes la que de

¹²³ ¹²³ Op cit BORREL MACIA, Antonio. Responsabilidad sin culpa en Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil. Ediciones Bosch. 2003, Barcelona. Pág. 17. y ss.

¹²⁴ Op cit BORREL MACIA, Antonio. La culpa y la culpa civil en Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil. Ediciones Bosch. 2003, Barcelona. Pág. 47. y ss.

lugar a la declaración de la nulidad del contrato por dos razones: la primera si se prueba alguna acción personal ilícita de persona que interviene en el íter contractual dará lugar a sanciones que devienen de los regímenes de responsabilidad sancionatoria individual como la penal y la disciplinaria, pero jamás configuraría causal de nulidad del contrato por objeto o causa ilícita, y que quien da lugar a la existencia del contrato aún viciado de nulidad son la actuación de quien legalmente tiene competencia para celebrarlo, o porque no teniéndola conviene en celebrarlo.

Cuando el contrato estatal es declarado nulo sin que se haya cumplido prestación alguna, al no haberse cumplido los gastos en que incurrió el oferente en la participación en el proceso de selección, en el perfeccionamiento del mismo, y en el cumplimiento de los requisitos para su ejecución, configurarán un daño patrimonial dentro del régimen de responsabilidad civil extracontractual porque el contrato no existió, y serán pagados por la parte que dio lugar a la nulidad del mismo¹²⁵.

En otro escenario de nulidad contractual, encontramos que independientemente de la declaración de nulidad del contrato estatal, debe observarse que si los daños provienen no de la declaración de la nulidad en si misma, sino que por el contrario provienen de la ejecución del contrato como incumplimiento definitivo del contrato, incumplimiento por mora o retraso, inexecución parcial o total del contrato, o por cumplimiento defectuoso de las prestaciones, encontramos que el acreedor no puede ampararse en la declaración de nulidad del contrato para exigirle a quien dio lugar a la nulidad absoluta del contrato la reparación de los daños causados dentro del régimen de responsabilidad civil contractual, toda vez, que el daño patrimonial causado tiene una fuente, origen o causa jurídica distinta, y es que el daño patrimonial no es consecuencia de la declaración de nulidad, sino del incumplimiento de las obligaciones durante la ejecución del contrato estatal, ya que una cosa es el comportamiento culposos que da lugar a la nulidad absoluta del contrato y otra bien

¹²⁵ Op cit BORREL MACIA, Antonio. La culpa contractual y no contractual en Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil. Ediciones Bosch. 2003, Barcelona. Pág. 17. y ss.

distinta es la culpa contractual que da lugar a la configuración de un daño patrimonial durante la ejecución del contrato¹²⁶.

Así mismo, observamos el daño patrimonial durante la fase de ejecución contractual puede ser generado por las acciones u omisiones de dar, hacer, no hacer contempladas en el contrato estatal, a cargo del deudor y/o acreedor que puede ser el contratante estatal o el contratista particular, pero también puede ser generado por el uso que hace la entidad pública de las potestades excepcionales.

Lo anterior quiere decir que la responsabilidad civil que surge en virtud de la celebración, ejecución e inejecución o cumplimiento defectuoso del contrato estatal es de naturaleza contractual, al punto que todas esas actuaciones suscitan desavenencias entre las partes, y la forma de someterlas al conocimiento del juez del contrato, es a través de lo que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo denomina acción de controversias contractuales, en donde las pretensiones van desde la declaración de la existencia o inexistencia del contrato, su revisión, su liquidación, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, el pago de los daños patrimoniales generados por el cumplimiento defectuoso, el incumplimiento por mora o retraso o el incumplimiento definitivo, así como también se demanda a través de esta acción los actos no separables del contrato y el restablecimiento del derecho que sea consecuencia de ello como los actos administrativos que imponen una multa, el que declara el incumplimiento administrativo con fines de penal pecuniaria, el que declara la caducidad del contrato, el acto que interpreta, modifica o termina de manera unilateral el contrato.

De tal manera que este caso la responsabilidad civil es contractual, ya que en ocasiones hay actuaciones precontractuales que solo se pueden demandar durante

¹²⁶ Op cit BORREL MACIA, Antonio. Relación de causa a efecto en Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil. Ediciones Bosch. 2003, Barcelona. Pág. 75. y ss.

la fase precontractual, como la nulidad absoluta del contrato, en donde las causales de nulidad se presentan es durante el periodo precontractual y solo se puede alegar su existencia como vicio del contrato por razones entendibles jurídicamente después de celebrado el mismo¹²⁷.

4. Responsabilidad civil- contractual por la ocurrencia del daño patrimonial durante la fase post -contractual del contrato estatal.

Después de haberse ejecutado un contrato, ya estando en el periodo post contractual del mismo, pueden presentarse comportamientos que directa e indirectamente devienen del contrato estatal que si bien ya se terminó su plazo de ejecución, existen en virtud obligaciones de las partes vigentes¹²⁸.

Se trata de obligaciones post contractuales, que encierran sustento contractual en la celebración y ejecución del mismo, al punto que podemos afirmar que las obligaciones que surgen durante la fase post contractual del contrato estatal son transversales a las fases precontractuales y post contractuales, ya que tienen su origen en los estudios previos y el pliego del contrato, luego en la celebración del contrato mismo, de su ejecución y del acta de liquidación del mismo¹²⁹.

Se trata por ejemplo de la obligación del contratista de garantizar la calidad y estabilidad de los bienes y servicios, obras y demás prestaciones contratadas y entregadas mientras permanezca vigente las garantías, a tal punto que durante ese

¹²⁷ Op. Cit. BORREL MACIA, Antonio. Caso Fortuito y culpa del perjudicado en Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil. Ediciones Bosch. 2003, Barcelona. Pág. 17. y ss.

¹²⁸ Op Cit BORREL MACIA, Antonio. Qui Jure Suo Utitur en Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil. Ediciones Bosch. 2003, Barcelona. Pág. 95. y ss.

¹²⁹ Op cit BORREL MACIA, Antonio. Responsabilidad civil derivada de hecho punible en Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil. Ediciones Bosch. 2003, Barcelona. Pág. 109. y ss.

lapso si se presenta el siniestro las entidades estatales pueden solicitar al contratista la reparación del daño por garantía en la cuantía y modalidad que esta determine, so pena de hacer efectiva la garantía y exigirle al garante su cumplimiento.

Así mismo, los rubros del daño amparados mediante la garantía de responsabilidad civil extracontractual que se le exige a quien ha celebrado el contrato estatal para que inicie su vigencia una vez terminado el plazo del contrato, lo que significa que los daños causados a terceros con ocasión del contrato tienen asegurada su reparación, pero ya este es un escenario distinto en el que el régimen jurídico aplicable es la responsabilidad civil extracontractual. La responsabilidad civil contractual opera en los casos en que el contratista celebre subcontratos con terceros, en donde la cláusula indemnidad protege el patrimonio de la entidad pública en tanto no le responde por los daños que el subcontratista le cause a terceros, como tampoco por los daños patrimoniales que el contratista le cause a terceros, porque para ello ambos deben incluir tales siniestros en las pólizas de garantía exigidas en los casos de los contratos estatales¹³⁰.

5. Es requisito que el daño patrimonial surja de la inejecución de las obligaciones estipuladas en el contrato estatal

Dicho lo anterior, encontramos que el daño patrimonial y el deber de repararlo surgirá de la responsabilidad civil contractual en la medida en que este se produzca de la inejecución o cumplimiento defectuoso del contrato durante el plazo del contrato, o de las obligaciones que subyacen al contrato durante el periodo contractual que continúan vigentes y que resulta de la identidad que existe entre las obligaciones pactadas en el contrato y las obligaciones incumplidas.

Los daños derivados de la inejecución del contrato por, retardo o cumplimiento

¹³⁰ Op cit BORREL MACIA, Antonio. Responsabilidad de Terceros en Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil. Ediciones Bosch. 2003, Barcelona. Pág. 131. y ss.

defectuoso del contrato surgen del análisis de las estipulaciones del contrato estatal, en la medida que debe establecerse de manera concreta las prestaciones a las que se comprometió el deudor, si la prestación surge del objeto o tipología de cada contrato en especial, a qué se obligó el deudor, y si el daño patrimonial surge del incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato¹³¹.

Concluimos entonces que el daño patrimonial es consecuencia de la inejecución del contrato, cuando necesariamente se establezca que el daño no se habría presentado si las partes hubiesen ejecutado el contrato de manera oportuna, y con las especificaciones cualitativas y cuantitativamente contratadas¹³².

¹³¹ Op cit BORREL MACIA, Antonio. en Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil. Ediciones Bosch. 2003, Barcelona. Pág. 17. y ss.

¹³² Op cit BORREL MACIA, Antonio. Responsabilidad del Estado; Responsabilidad civil de los funcionarios públicos; Daño moral; Reparación del daño; Daños producidos por los animales; Acciones de effussis el dejectis y de potsitis et suspendis; Responsabilidades por la ruina de edificios, por la caída de árboles, explosión de máquinas, inflamación de sustancias explosivas, humos excesivos y emanaciones de cloacas o de deposito de materias infectantes ; Acción Civil y Acción Penal; Extensión de la responsabilidad entre obligados a reparar; lugar del pago y competencia judicial; Quien puede reclamar indemnización de los daños y perjuicios?; Prueba de los perjuicios; y Prescripción; en Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil. Ediciones Bosch. 2003, Barcelona. Pág. 132 a 281.

TÍTULO SEGUNDO

ELEMENTOS NECESARIOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL- CONTRACTUAL EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

CAPÍTULO PRIMERO: LA CONDUCTA O COMPORTAMIENTO CIVIL- CONTRACTUAL DEL DEMANDADO

SUMARIO. 1. La conducta exige un comportamiento contractual por acción u omisión. 2.- La acción omisiva en el contrato estatal debe provenir del contratante estatal, interventor, supervisor o del contratista particular. 3.- La conducta de acción u omisión debe ser contraria a las obligaciones contenidas en el contrato estatal

1. La conducta exige un comportamiento contractual por acción u omisión

La doctrina ha venido sosteniendo tradicionalmente que los elementos de la responsabilidad civil son el hecho, el daño y el nexo de causalidad entre el daño y el hecho. Si embargo para los hermanos *Mazeaud* el hecho es remplazada por la culpa, y continúan aceptando que el daño y el nexo de causalidad son los otros dos elementos de la responsabilidad civil¹³³.

¹³³ TRIGO REPRESAS, Félix A. LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. El Derecho de daños en la actualidad teoría y práctica. Teoría General de la Responsabilidad Civil; Fuentes de la obligación resarcitoria; presupuestos de la responsabilidad civil. Ediciones La Ley. Buenos Aires, 2004. Pág 925.

Si embargo es preciso señalar que para la responsabilidad civil contractual en tratándose de contratos estatales los elementos de la responsabilidad contractual es la conducta o comportamiento contractual del deudor contratante o contratista, pues en un régimen de responsabilidad civil objetiva las partes deben responder civilmente sólo por el hecho de haber asumido algunos riesgos en el contrato sin que medie exigencia de culpa para ello, y son los casos en donde surge la responsabilidad civil objetiva sin culpa, solo por el hecho de haberlo aceptado así en las estipulaciones del contrato estatal.

De allí que en la responsabilidad civil contractual surge con la concurrencia de la conducta, del daño y del nexo causal, lo que significa que la culpa no es elemento esencial de la responsabilidad, en cambio si lo es el comportamiento por vía de acción u omisión de la parte contratante o del contratista.

En la responsabilidad civil contractual la conducta del contratante o contratista responsable es activa cuando realiza el cumplimiento defectuoso o imperfecto del contrato, mientras que en el incumplimiento definitivo o defectuoso la conducta del responsable es reprochable por la omisión en el cumplimiento de lo pactado. En este sentido al deudor le es exigible el cumplimiento de la obligación estipulada y si no lo realiza su comportamiento es calificado por el acreedor y el juez de ilícito de donde surge su reprochabilidad¹³⁴.

2. La conducta omisiva en el contrato estatal debe provenir del contratante estatal, consultor, interventor, supervisor, o del contratista particular

¹³⁴ TRIGO REPRESAS, Félix A. LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. TOMO I. El Derecho de daños en la actualidad teoría y práctica. Teoría General de la Responsabilidad Civil; Fuentes de la obligación resarcitoria; presupuestos de la responsabilidad civil. Ediciones La Ley. Buenos Aires, 2004. Pág 925.

Ya decíamos que la responsabilidad civil contractual parte del presupuesto de la existencia de una conducta o comportamiento atribuido a la parte del contrato deudora de la prestación. Si teniendo el deber de actuar en el sentido que lo indica el contrato y es la ejecución del mismo no lo hace a esa conducta se le califica de omisión contractual por inexecución parcial o absoluta del contrato; mientras que si la conducta se despliega en el sentido del cumplimiento imperfecto o defectuoso de la prestación a esa conducta se le califica de comportamiento contractual de acción¹³⁵.

En estos casos la base fundamental que dispone el deber ser contractual son las obligaciones especiales, comunes del contrato. Las obligaciones especiales del contrato le asigna tanto a contratista como a contratante las prestaciones que cada uno debe ejecutar en el contrato, con lo cual en el ejercicio de la verificación del hecho, hemos de analizar que cada obligación será de dar, hacer y no hacer o una conjugación de éstas. Lo que muestra que las obligaciones a cargo son diferentes porque las obligaciones especiales del contratante serán distintas en tanto oficio de acreedor, y en las obligaciones especiales del contratista oficio de deudor.

En las obligaciones comunes de las partes en el contrato suponen un deber de diligencias, y es que cada parte tiene las mismas obligaciones, de donde se puede plantear como causal exonerante de responsabilidad el mutuo incumplimiento tácito, o la excepción de contrato no cumplido, cuando el deudor para cumplir con su prestación requiere el cumplimiento de las obligaciones por parte del acreedor, como por ejemplo el deber del contratista de implantar los diseños, es decir, la construcción

¹³⁵ TRIGO REPRESAS, Félix A. LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO. TOMO II. Teoría General de la Cuantificación del daño. Cuantificación de los rubros admitidos por el legislador en los principales supuestos. El daño en casos particulares; La cuantificación de daño en materia de accidentes de tránsito; Responsabilidad por incumplimiento contractual; Responsabilidad post contractual; Responsabilidad precontractual; Cuantificación del daño en materia de responsabilidad profesional; La responsabilidad del Estado; Cuantificación de la culpa de la víctima; Ediciones La Ley. Buenos Aires, 2004. Pág 437 y ss.

de la obra, pero para cumplir con esta prestación la entidad pública debe cumplir de manera previa con el desembolso de los anticipos a que se comprometió¹³⁶.

De allí que cuando una obligación pende de la otra, si la entidad contratante no cumple con su prestación que es necesaria para el cumplimiento de la prestación del contratista este si bien permanece con la obligación de ejecutar el contrato y construir la obra, no se le puede atribuir responsabilidad civil e la medida en que fue sometido a circunstancias forzosas de incumplimiento.

En relación a las obligaciones solidarias, en casos como en el contrato de obra pública, encontramos que cuando el contrato requiere el concurso de otros agentes para su celebración y ejecución, encontramos que son distintos contratos las fuentes de la responsabilidad contractual, pero que integra lo que la doctrina conoce como grupo de contratos que para efectos de la responsabilidad civil contractual integra una unidad contractual, así:

El contratista consultor, tiene como obligación dentro del objeto del contrato la estructuración legal, técnico y financiera; para lo cual debe elaborar los estudios técnicos que comprenden diseños, planos, presupuestos, estudios de suelo, predios etc. Con ello la entidad ordena la apertura de un proceso de selección para adjudicar el contrato, teniendo el deber de entregarle al contratista los productos de ese contrato de consultoría, y una vez inicie la construcción de la obra, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 debe contratar el interventor y/o supervisor de la obra a través de concurso de mérito y adjudicarles el contrato a un tercero ajeno a la entidad que puede ser una persona natural o jurídica tanto de derecho público

¹³⁶ Op. Cit. TRIGO REPRESAS, Félix A. LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tomo III. El Derecho de daños en la actualidad, teoría y práctica. Responsabilidad por el hecho de otro; Daños causados por las cosas; Responsabilidad Civil por daño ambiental; Daños causados por accidentes de automotores; Tratado de la Responsabilidad Civil. Ediciones La Ley. Buenos Aires, 2004. Pág 609 y ss.

como de derecho privado¹³⁷.

En este caso encontramos que para la ejecución del proyecto de obra pública o concesión de infraestructura se ha acudido a la figura de la unidad contractual denominada grupo de contratos, en donde si bien son contratistas diferentes en tipologías diferentes, el contratante estatal es uno solo, que para contratar y ejecutar el proyecto requiere celebrar distintos contratos pero para cumplir una misma finalidad, lo que hace que en la ejecución y cumplimiento final existan obligaciones transversales que generan un régimen de solidaridad aunque las obligaciones sean divisibles.

Por ejemplo, si los estudios técnicos del consultor son defectuosos, y con fundamentos en ellos se adjudicó el contrato de obra pública al contratista constructor, el incumplimiento del consultor puede conducir al cumplimiento defectuoso de la obra por parte del contratista constructor, o la omisión en el cumplimiento de las funciones u obligaciones del contratista interventor y/o supervisor puede inducir a la entidad contratante, al consultor y al mismo constructor al incumplimiento definitivo, al cumplimiento defectuoso o al incumplimiento en mora o de retraso al contratista constructor¹³⁸.

Frente a lo anterior, surge lo que hemos en denominar **grupos de contratos** en donde independientemente de que cada contrato jurídica e individualmente considerado es una relación contractual independiente; en donde cada su objeto y estipulaciones especiales y comunes generan una transversalidad obligacional, que

¹³⁷ TRIGO REPRESAS, Félix A. LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tomo IV. Op. Cit. Responsabilidad del Estado; Otros supuestos de responsabilidad; ejercicio de la acción indemnizatoria; relaciones entre la acción civil y la acción penal; cuantificación del daño; reparación del daño; Tratado de la Responsabilidad Civil.. Ediciones La Ley. Buenos Aires, 2004. Pág 603.

¹³⁸ TRIGO REPRESAS, Félix A. LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tomo V. Op. Cit. Tratado de la Responsabilidad Civil. Responsabilidad Contractual y extracontractual; Responsabilidad de fuente contractual; Principales supuestos de responsabilidad contractual; Supuestos dudosos; Ediciones La Ley. Buenos Aires, 2004. Pág 257 y ss.

permiten analizar en cada caso concreto, cual fue la omisión o acción de cada agente contractual dentro de ese grupo de contratos, que generó el incumplimiento definitivo, parcial o cumplimiento defectuoso, y con ello se determina la existencia del daño patrimonial, su imputación, el fundamento del deber de reparar en una relación causal de corresponsabilidad o solidaridad a quien lo causa, y el derecho de indemnización y resarcimiento a la persona que lo sufre sin tener el deber jurídico de soportarlo, dentro de la **relación contractual intergrupala**.

3. La conducta de acción u omisión debe ser contraria a las obligaciones contenidas en el contrato estatal

Finalmente, encontramos que el tercer alcance del elemento volitivo del agente generador del incumplimiento contractual, es precisamente la infracción a los deberes obligacionales contenidos en el contrato estatal, que denominamos principio de legalidad contractual¹³⁹.

Principio de legalidad contractual es la integración de los principios y reglas contenidas en el ordenamiento jurídico aplicables al contrato estatal durante sus tres fases¹⁴⁰, como las estipulaciones contractuales contenidas en sus cláusulas ya comunes de las partes o especiales de cada una de ellas. Es así como para verificar la atribución de esa conducta o comportamiento contractual que constituye el punto de partida de la responsabilidad civil contractual necesariamente hay que contrastar la conducta con las estipulaciones que expresamente se han establecido en el

¹³⁹ HENRY Y LEÓNMAZAUD Y ANDRÉ TUNC. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y contractual. Tomo 1-1- Historia general de la responsabilidad civil; Responsabilidad delictual y responsabilidad contractual; El perjuicio, Primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil; El perjuicio no debe haber sido reparado ya. La acumulación de las indemnizaciones; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires Ltda.1957. Pág 293.

¹⁴⁰ Decreto Único Reglamentario No. 1082 del 26 de Mayo de 2015, por medio del cual se expide el Estatuto Único Nacional Reglamentario del Derecho Administrativo de los sectores regulados y de contratación pública.

contrato. La existencia de esa contrariedad es la verificación del primer elemento de la responsabilidad civil contractual que nos permite inferir que el daño consecuentemente producido es por el incumplimiento a esos deberes obligaciones contenidos en el principio de legalidad contractual y el mismo contrato¹⁴¹.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA CULPA CIVIL-CONTRACTUAL DEL DEMANDADO COMO ELEMENTO ADICIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA IRREGULAR GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

SUMARIO. 1. Los principios orientadores de la culpabilidad contractual. 2.-Las modalidades de culpabilidad contractual. 3.-La culpabilidad contractual en la formación, ejecución y liquidación del contrato estatal. 4.-La falta contractual y la modalidad de culpa en la responsabilidad civil contractual estatal. 5.-Los límites de la responsabilidad civil- contractual sin culpa. 5.1.- La responsabilidad civil- contractual objetiva. 5.2.-La responsabilidad civil- contractual por el hecho propio. 5.3.-La responsabilidad civil- contractual por productos defectuosos.- 5.4.-La responsabilidad civil- contractual por el hecho ajeno o de un tercero. 5.5.- La responsabilidad civil- contractual por daños derivados de la construcción de obras

1. Los principios orientadores de la culpa contractual

La culpa en materia de responsabilidad civil, es la participación del agente en el factor generador de la conducta en cuanto a la causa, y al daño en relación al efecto. Es decir, la culpa determina el fenómeno de la imputación del daño, que no es otra cosa que el deber de reparar que surge entre la conducta que genera el daño y la relación de causalidad que se produce entre ella como causa y el daño patrimonial como

¹⁴¹ Op. Cit. HENRY Y LEÓN MAZAUD Y ANDRÉ TUNC. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y contractual. Tomo 1-2- La culpa, segundo elemento constitutivo de la responsabilidad civil. Responsabilidad delictual, cuasidelictual y contractual, por un hecho personal, por un hecho ajeno y la causa de las cosas; Aplicación de la culpa contractual. Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires Ltda.1957. Pág 336.

efecto¹⁴².

Así las cosas, cuando nos referimos a falta o culpa a título de dolo, y a falta o culpa a título de culpa, no estamos refiriendo exactamente a lo que es lo mismo: la culpa contractual a título de dolo, o a la culpa contractual a título de culpa, según el caso.

En materia de responsabilidad contractual-estatal quien tiene la capacidad para incurrir en culpa por una acción u omisión, es de quien tiene la capacidad para celebrar los contratos, esto es las personas naturales capaces nacionales o extranjeras, las personas jurídicas públicas o privadas con personería jurídica o las que no teniéndolas la ley les ha otorgado competencia para contratar; los consorcios, las uniones temporales o las promesas de sociedad futura, es decir, los denominados sujetos contractuales singulares y los plurales.

La culpa del sujeto contractual genera responsabilidad civil, cuando el comportamiento contractual del agente por acción u omisión crea una situación dañosa y esta se desarrolla de manera posterior a la actuación. Esto significa que el daño patrimonial como efecto puede tener su causa eficiente en un acto directo, inmediato y concomitante, pero también puede tener su causa eficiente en una acción u omisión en un momento anterior. Es el caso de la acción u omisión que se presenta en la fase precontractual y que lleva inmersa una consecuencia dañosa, que se verifica o materializa en una etapa posterior como la ejecución del contrato, o en la fase post contractual una vez finalizado o liquidado el contrato¹⁴³.

¹⁴² Op. Cit. HENRY Y LEÓN MAZAUD Y ANDRÉ TUNC. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y contractual. Tomo 2-1- Responsabilidad a causa de los edificios; Responsabilidad por el hecho de los animales; Responsabilidad a causa de las cosas inanimadas; Responsabilidad a causa de las aeronaves. Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires Ltda.1957. Pág 131 y ss.

¹⁴³ Op. Cit. HENRY Y LEÓN MAZAUD Y ANDRÉ TUNC. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y contractual. Tomo 2-2- El vínculo de causalidad; El hecho de la víctima; Fuerza mayor y caso fortuito; El hecho de un tercero; la prueba de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil; El ejercicio de la acción de responsabilidad; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires Ltda.1957. Pág 321 y ss.

En este caso existe culpa en la generación del daño patrimonial bien por la puesta en situación por la conducta precontractual, o bien por el desarrollo de la misma en la fase de ejecución o post contractual del contrato, y es el fenómeno que denominamos **actos de contribución a la consolidación de tracto sucesivo del daño patrimonial contractual.**

En cuanto a la graduación de la culpa, es preciso significar que en materia de responsabilidad civil contractual, la culpa a título de dolo o la culpa a título de culpa no requiere de graduación, es decir que para efectos de la responsabilidad civil contractual es intrascendente la graduación de la culpa, que hace el artículo 63 del Código Civil que la clasifica en culpa grave, culpa leve y culpa por descuido levísimo¹⁴⁴.

2. Modalidades y tipos la culpabilidad contractual

El artículo 63 del Código Civil define el dolo contractual como “*la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*”, sin embargo la doctrina contemporánea nacional ha venido considerando que no es necesario que el deudor contractual tenga la intención de causar injuria o daño patrimonial a la persona o a su propiedad con su incumplimiento al co-contratante acreedor, pues solo basta el incumplimiento del deudor de manera deliberado, así no tenga la intención de producir daño patrimonial alguno.

3. La culpabilidad contractual en la formación, ejecución y liquidación del contrato estatal

El dolo en la formación del contrato es el que se presenta como vicio del

¹⁴⁴ Op. Cit. HENRY Y LEÓN MAZAUD Y ANDRÉ TUNC. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y contractual. Tomo 3-1. Jurisdicciones administrativas; Jurisdicciones civiles; Jurisdicciones represivas; Responsabilidad contractual. Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires Ltda.1957. Pág 251 y ss.

consentimiento, que da lugar a la nulidad absoluta del contrato, mientras que el dolo en el incumplimiento del mismo se presenta durante la ejecución de la prestaciones contraídas¹⁴⁵.

En este caso el dolo contractual se puede presentar, cuando la entidad contratante garantiza en los pliegos y en los estudios previos que los estudios técnicos, los predios y las licencias y permisos previos necesarios para la ejecución del contrato se encuentran completos y en firme, y en desarrollo de la legítima confianza el oferente presenta su propuesta y le es adjudicado el contrato estatal.

Cuando inicia la ejecución del contrato encuentra que los estudios técnicos eran insuficientes, que faltaban algunos permisos y autorizaciones previas, entonces se presenta un incumplimiento de la entidad contratista que la convierte en esa prestación en deudora del contratista y por tanto si ello le genera mayor permanencia en obra que se traduce en mayores costos que causa un daño que no tiene que soportar el contratista porque le aminora su patrimonio, la entidad contratante debe responder a título de dolo contractual¹⁴⁶.

4. La falta contractual y las modalidades de culpa en la responsabilidad civil contractual estatal

¹⁴⁵ Op. Cit. HENRY Y LEÓN MAZAUD Y ANDRÉ TUNC. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y contractual. Tomo 2-1- El vínculo de causalidad; El hecho de la víctima; Fuerza mayor y caso fortuito; El hecho de un tercero; la prueba de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil; El ejercicio de la acción de responsabilidad; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires Ltda.1957. Pág 321 y ss.

¹⁴⁶ Op. Cit. HENRY Y LEÓN MAZAUD Y ANDRÉ TUNC. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y contractual. Tomo 3-2-. Las convenciones de responsabilidad; Las cláusulas de no responsabilidad contractual; las causas de no responsabilidad delictual, las cláusulas penales; Relaciones entre el asegurador y el asegurado responsable. Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires Ltda.1957. Pág 179 y ss.

La falta a título de culpa del sujeto del régimen jurídico de la responsabilidad contractual, cuya fuente de sujeción la encontramos en el mismo contrato estatal, es igualmente conocida como culpa a título de culpa, respecto de la cual consideramos que la culpa es la negligencia, la impericia, la imprudencia y la culpa normativa que es lo mismo que la inobservancia de normas jurídicas que le imponen deberes concretos que hacen que el deudor de la prestación obligación se comporte de una manera distinta al deber contractual que asumió en las estipulaciones contractuales.

5. Los límites de la responsabilidad civil- contractual sin culpa

El sistema jurídico de la responsabilidad contractual en Colombia asume un carácter mixto, a tal punto que la jurisprudencia tanto de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, como la de la sala Plena de los Contencioso Administrativo estima que en algunas situaciones la responsabilidad se fundamenta en la culpa mientras que en otras circunstancias la responsabilidad es objetiva.

Así las cosas, encontramos que el primer régimen de la responsabilidad civil contractual es la responsabilidad civil con culpa, y el segundo de los regímenes es la responsabilidad sin culpa o de responsabilidad objetiva. De allí que en materia contractual podamos afirmar que la mayoría de los casos en materia de responsabilidad civil contractual es responsabilidad con culpa, esto es basta que se produzca el incumplimiento del contrato, o el siniestro en el riesgo que asume la parte deudora cuya culpa se le atribuye automáticamente a la parte que asumía la posición jurídica de deudor de la prestación independientemente de que la conducta, falta o culpa sea dolosa o culposa¹⁴⁷.

¹⁴⁷ R.H. BREBBIA. El régimen de las obligaciones en el Código Civil Argentino y la Responsabilidad por culpa, en DALMACIO VELEZ, SARFIELD y el Derecho Latinoamericano, al cuidado de S. SCHIPANI, 1991, p. 374; L. M. BOFFI BOGGERO, Tratado de las obligaciones, cit, p. 199.

Mientras que en casos concretos como en la ruptura de la ecuación económica del contrato se produce responsabilidad civil sin culpa, cuando las causas de la ruptura no son imputables al contratante estatal ni al contratista público, sino que se causa o genera por la teoría de la imprevisión evento en el cual la responsabilidad civil la asume la administración pública contratante, siempre que el riesgo por ser imprevisible no haya sido susceptible de distribución o asignación a ninguna de las partes contratantes. También existe responsabilidad civil contractual por el incumplimiento del deudor de la prestación en aquellos contratos cuyas obligaciones son de medio.

5.1 La responsabilidad civil contractual objetiva

La responsabilidad objetiva, es aquella responsabilidad civil sin culpa en donde el deudor es responsable civilmente de los daños que se generen por causas que le sean imputables sin que el origen del acontecimiento se produzca por dolo o culpa contractual. Son los casos de la responsabilidad civil por la ocurrencia de hechos o causas que generan la ruptura del equilibrio económico del contrato producto de la teoría de la imprevisión, o por el incumplimiento de las obligaciones del deudor en los contratos cuyas obligaciones son de resultados. La responsabilidad civil con culpa, es la misma que la jurisprudencia contenciosa administrativa y civil denomina en algunos casos presunción de culpa, pero se trata de dos institutos iguales.

5.2 La responsabilidad civil-contractual por el hecho propio

La responsabilidad por el hecho propio tiene como fundamento la culpa probada en donde el sujeto contratante y contratista responde por el incumplimiento de las obligaciones por sus propias acciones u omisiones, comprendiendo dentro de los hechos propios el incumplimiento de uno o todos los miembros de un consorcio, de una unión temporal, de una promesa de sociedad futura o de sus subcontratistas. Si el incumplimiento es de todos o uno o mas de sus miembros la responsabilidad civil

es contractual y bajo el régimen de solidaridad, toda vez que para el estado es una unidad el sujeto contractual y por tanto sus acciones u omisiones son consideradas como hechos propios¹⁴⁸.

5.3 La responsabilidad civil-contractual por la entrega de productos defectuosos

En el caso de que el contrato estatal sea de aquellos cuyas obligaciones sean de medio, la ejecución y entrega defectuosa del objeto del contrato se predica por negligencia, impericia, culpa normativa, imprudencia por mala calidad en los productos elaborados, de los servicios prestados y de las actividades realizadas.

En los contratos estatales cuyas obligaciones son de resultado; como es el caso de obra pública, compra-venta de bienes, suministro de bienes y servicios; la entrega defectuosa se predica respecto de la entrega de productos, bienes, servicios y actividades objeto del contrato, elaborados, construido y entregado de manera defectuosa, como por ejemplo, de mala calidad, insuficiencia de cantidad, defectos de estabilidad, como en el caso de la obra pública.

La responsabilidad concreta en esta oportunidad, se predica del deudor contratista, es decir, por haberse obligado a ejecutar la prestación de la entrega de los bienes y servicios con óptima calidad, escenario en el cual nos encontramos frente al régimen de responsabilidad sin culpa¹⁴⁹.

5.4. La responsabilidad civil-contractual por el hecho ajeno o de un tercero

¹⁴⁸ J. GAMARRA. Responsabilidad contractual. El juicio de responsabilidad, Vol. II, Montevideo, 1997, Pág. 364.

¹⁴⁹ J. SUESCUN MELO. Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, T. 1, Bogotá, 1996, Pág. 409.

En el campo de la responsabilidad civil- contractual solemos encontrar que la conducta directa y dañosa no es precisamente ejecutada de manera directa por el contratista, sino por las personas que están bajo su cuidado y dirección. Es el caso de los contratistas como personas naturales o de las personas jurídicas, consorcios, o uniones temporales en donde la responsabilidad civil es orgánica es decir, de la entidad contratante o de la persona contratante, pero quien ejecuta los actos de omisión o acción son su representante legal, su director de obra, sus empleados y son los que construyen las obras de manera defectuosa, o los que suministran los bienes y servicios de mala calidad.

Como el responsable es el ente que contrata por la obligación de hacer, dar o no hacer, entonces se traslada la culpa personal al ente y es lo que denominamos culpa orgánica, para que responda conforme a la teoría del órgano, que explica que lo que haga una persona a cargo del contratista se le atribuye al contratista, que es el responsable -deudor de la prestación.

5.5. La responsabilidad civil-contractual por daños derivados de la construcción de obras

En tratándose de la responsabilidad civil-contractual, los daños causados por el contratista- constructor a su acreedor, al igual que los daños ocasionados por el contratante a su deudor, es de naturaleza contractual y esta estipulada en el mismo contrato de obra, y en virtud de ella las partes se deben prestaciones mutuas. En este caso, cuando la obra es una edificación de apartamentos o locales comerciales que se le venden a terceros, los compradores exigen de su vendedor la calidad y estabilidad de las obras; lo que significa que existe entre el propietario del proyecto que contrata su construcción, y el constructor una relación obligación que conduce a la declaración de responsabilidad solidaria de naturaleza civil-contractual, con el comprador de los inmuebles ya sean de vivienda y locales comerciales por los vicios

ocultos y defectos de construcción¹⁵⁰.

Por su parte, si se trata de obras públicas –infraestructura-, como vías, parques, centros deportivos y de recreación, encontramos que la responsabilidad civil del deudor contratista por la garantía de estabilidad y calidad de las obras es de naturaleza contractual, para lo cual lo que importa es la conducta del deudor que incumple la prestación comprometida, sin importar el título de la culpa si es dolosa o culposa.

Pero los daños que le cause el contratante o contratista de una obra a un tercero ajeno al proyecto, con quien no se suscribe contrato de promesa de venta, o de compra venta de los inmuebles construidos o en construcción, esa responsabilidad no es contractual, sino extracontractual y por ende la causa jurídica de reparación es el daño, pero estará a cargo de quien lo cause directamente y de la garantía de responsabilidad civil extracontractual a terceros con quien no se tiene vínculo jurídico alguno.

¹⁵⁰ A. VALENCIA ZEA, A. ORTIZ MOSALVE. Derecho civil. Obligaciones, Tomo III, Bogotá, 1998, P 329, donde se dice que la culpa del deudor se realiza automáticamente por el hecho de no cumplir su obligación, pues si el código establece que el deudor no responde por el caso fortuito, quiere decir, que en todos los demás casos responde del incumplimiento.

CAPÍTULO TERCERO: LA REPARACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL POR PARTE DEL DEMANDADO DERIVADO DE LA IRREGULAR GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

SUMARIO. 1. Noción de daño patrimonial desde la perspectiva del contrato estatal. 2.- Características del daño patrimonial desde la perspectiva de la responsabilidad civil-contractual estatal

1. Noción del daño patrimonial desde la perspectiva del contrato estatal

El daño que cualitativamente hemos calificado como contractual, patrimonial y de naturaleza civil, indemnizable y resarcible lo podemos definir como el menoscabo, aminoración a las facultades jurídicas que tiene el acreedor contratante para disfrutar, mantener, acrecentar, disponer de un bien patrimonial, y es indemnizable cuando la

causa ilícita es causado por alguien diferente a la víctima que necesariamente debe ser el deudor de la prestación que es el contratista¹⁵¹.

2. Características del daño patrimonial dese la perspectiva de la responsabilidad civil- contractual estatal

Para que el daño sea reparable, no basta que se produzca el elemento de la conducta y el daño generado por la aminoración del patrimonio del deudor, sino que este daño presente las siguientes características:

El daño patrimonial reparable debe ser cierto, y le corresponde al demandante deudor probarlo, ya que el fenómeno de la certidumbre debe haber ocurrido con certeza absoluta, ya que el fenómeno que lo produce no puede ser futuro o eventual. Así mismo el nexo causal entre el hecho y el daño también debe ser cierto, es decir debe existir la el deber de reparar en la norma jurídica que regula el régimen de responsabilidad, debe existir e agente productor de la conducta para realizarle la imputación del daño, y el resultado debe ser un daño antijurídico que la víctima o acreedor no esté obligado a soportar¹⁵².

La segunda característica es que el **daño patrimonial puede ser pasado, presente o futuro**. Esto quiere decir, que el daño patrimonial pasado y presente es el mismo, porque ya existe, es cierto produjo consecuencia y efectos jurídicos. En el caso del daño futuro, las probabilidades de certeza varían en cada caso concreto. El daño puede ser actual o futuro con la condición de que haya certidumbre en su existencia, es decir, solo con el paso del tiempo el daño va configurándose a partir de situaciones jurídicas ciertas. El daño eventual o hipotético, no da lugar a la responsabilidad civil

¹⁵¹ M.H. DINIZ. Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidades civil, Vol. 7, Sao Paulo, 1998, Pág 191-194; C.M. DA SILVA PERIRA, Instituciones de direito civil. Vol. II, Río de Janeiro, 1998, Pág 230-232.

¹⁵² J. Melich Orsini. La sanción de la inejecución del contrato, Caracas, S.D, Pág. 15 y ss; en Código Civil de Venezuela, Artículos 1250 al 1268, Caracas, 1998, Pág 342.

por cuanto el acreedor frente a la configuración del daño solo tenía una expectativa muy remota con mínimas probabilidades de ocurrencia y lo lógico es que no se produzca.

El daño patrimonial de naturaleza civil, contractual y resarcible ocurrido en el contrato estatal, es generado por el incumplimiento de un deber obligacional del contratante o contratista, es decir, la omisión y/o la acción generadora del daño por una actuación contraria por parte del agente contractual a los compromisos que asumió en virtud del contrato¹⁵³.

Es por ello que el atraso en la entrega de la edificación le causa un daño patrimonial a la entidad contratista que está pagando arrendamiento en la sede que ocupa y que tendrá que seguir ocupando por una cláusula de prórroga automática; la construcción de obras de mala calidad genera problemas de estabilidad que el contratante debió reparar mientras resuelve el litigio judicial, la mala calidad de los diseños generó un sobre costo a la administración quien tuvo durante la ejecución del contrato que hacer actualizaciones, adaptaciones y complementaciones a los diseños y ello generó una desviación presupuestal entre el valor inicial y el que se fue aumentando e incrementando durante la ejecución del contrato.

CAPÍTULO CUARTO: EL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA CONDUCTA CIVIL CONTRACTUAL DEL DEMANDADO Y EL DAÑO PATRIMONIAL COMO RESULTADO.

SUMARIO. 1. La causalidad jurídica como el nexo entre la conducta y el daño patrimonial.
2.-El nexo causal y la teoría de la causa eficiente o de la causa adecuada

¹⁵³ J, Gamarra. Responsabilidad contractual. El juicio de responsabilidad, cit, P. 364 y ss.

1. La causalidad jurídica como nexo entre la conducta y el daño patrimonial

En materia de responsabilidad civil contractual, encontramos que para hablar de nexo de causalidad como elemento conductor de la estructuración de la responsabilidad civil entre el daño y la conducta debemos tener en cuenta elementos y alcance de su concepto a saber: La conducta o comportamiento es la desplegada por el deudor que configura el incumplimiento por inejecución definitiva o por mora o retardo o pro cumplimiento defectuoso, y el daño es la aminoración del patrimonio del acreedor de la prestación¹⁵⁴.

Pero para que surja el deber de reparar y por tanto responsabilidad civil-contractual, ha de encontrarse un nexo causal entre la conducta o comportamiento contractual y el daño patrimonial, esto, es que el daño debe ser consecuencia directa de la conducta desplegada en virtud de la ejecución de cualquiera de las tres fases del contrato.

El ejercicio del nexo causal que hace el operador jurídico, descubre el deber de reparar, que encontramos en la norma que regula el régimen de responsabilidad que en este caso como es el contractual, entonces son las estipulaciones del contrato la que establecen quien es el deudor y quien el acreedor de la prestación, lo que permite que una vez identificado el daño patrimonial y antijurídico, el fundamento que es le deber de reparar, lleguemos a la imputación que es la atribución del daño a quien tenía el deber de evitar su producción con el cumplimiento de sus acciones u omisiones estipuladas en el contrato.

2. El nexo causal y la teoría de la causa eficiente o de la causa adecuada

¹⁵⁴ E. MADURO LUYANDO, curso de obligaciones. Derecho Civil, III, caracas, 1972. Pág. 104-105. En Código Civil de Venezuela, artículos 1269 al 1272, caracas, 1988, Pág 124-125.

Esta teoría de la causalidad conviene en precisar que todo daño antijurídico, tiene su causa y su afecto, es decir que entre la conducta y el daño existe un nexo de causalidad tal que se puede determinar que la causa que es el origen del daño, es tan eficiente y adecuada para la producción del daño que logró el resultado dañoso. En este caso la causa es la conducta, la calidad de eficiencia se la da el carácter cualitativo de la conducta, es decir suficiente para alcanzar el grado de eficiencia que requiere el resultado dañoso¹⁵⁵

En este caso, no es cualquier incumplimiento por mora, retraso o cumplimiento defectuoso el que va a producir el daño patrimonial a tal entidad que cree la deuda de responsabilidad frente al co-contratante acreedor, tiene que ser de tal entidad que el daño logre lesionar de manera sensible y esencial el patrimonio del acreedor.

CAPÍTULO QUINTO: EL ABUSO DEL DERECHO POR LO GESTORES CONTRACTUALES Y DE LOS ORGANOS DE CONTROL EN LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y SUS EFECTOS

SUMARIO. 1. El Ejercicio abusivo del derecho de propiedad y del Derecho ambiental. 2.- El ejercicio abusivo de las prerrogativas públicas establecidas en el Derecho contractual. 3.-El ejercicio abusivo del Derecho administrativo y la desviación de poder en el contrato estatal

1. El Ejercicio abusivo del Derecho de propiedad y del Derecho ambiental

El ejercicio de los Derechos no se pueden hacer de cualquier manera, sino que deben ejercerse con prudencia sin causar daños injustos, respetando los fines para los que concebido. Los límites en el ejercicio de los derechos subjetivos esta marcado por la conciencia de la dimensión social de la persona y la necesidad de proteger a

¹⁵⁵ F.A. TRIGO REPRESAS. Extensión de la responsabilidad por incumplimiento contractual, en revista de derecho privado y comunitario, 17. Buenos Aires, 1998, Pág. 28 y ss, en donde para hacer tal afirmación se basa en la jurisprudencia Argentina y en la doctrina.

otras en el momento en que se ejercen los derechos, determinó que se plantearan la conveniencia de macar los límites dentro los cuales el ejercicio del derecho es lícito y cuando este está por encima de esa licitud. De allí surge que el ejercicio de los Derechos subjetivos no es absoluto¹⁵⁶.

Los límites internos parten de considerar el fin o la función del Derecho en su propia estructura y por su razón de ser, mientras que los fines externos dentro de lo jurídico están determinados por la vigencia plena de los principios de la buena fe, la equidad, el orden público las buenas costumbres, los criterios de lo razonable y lógico en cada caso concreto.

Los Derechos subjetivos confieren a su titular una situación de poder que no es absoluto, y por el contrario se encuentra limitado por los fines o valores para los que fue conferido ese derecho, teniendo en cuenta que debe desarrollarse dentro de ciertos límites que podemos clasificar y podemos contralora para que no se lesione el derecho de otro o una norma que tutela los intereses de un tercero.

El abuso del derecho, según el profesor Gustavo Ordoqui Castilla, es un principio que hace parte de la teoría general del Derecho, y lo podemos definir como una forma ilícita que surge del ejercicio de un derecho subjetivo en forma anormal, irregular, irracional, y se distingue del régimen de responsabilidad extracontractual general en que aquí se actúa sin Derecho contra Derecho mientras que en el abuso del derecho se actúa con derecho y se termina por transgredir el Derecho subjetivo.

¹⁵⁶ CASTILLA ORDOQUI, Gustavo. Abuso del Derecho. La importancia del abuso del Derecho; Actos ilegales, abusivos y excesivos, presupuestos para constatar el uso abusivo de un derecho; Pautas de ponderación del abuso de derecho; consecuencias del ejercicio abusivo de un derecho; Prueba del abuso de un derecho; Seguridad Vs Justicia en el abuso de derecho; El ejercicio abusivo del derecho de propiedad; El ejercicio abusivo del derecho a contratar; El Abuso del derecho de retracto precontractual; Ejercicio Abusivo del poder de representación; el ejercicio abusivo del derecho de receso; Abuso por omisión; Ejercicio abusivo del derecho al uso de una persona jurídica, Ejercicio Abusivo de la posición dominante; Ejercicio abusivo del derecho y la competencia desleal; Ejercicio abusivo del derecho de mayorías y minorías en las sociedades comerciales; El abuso de las vías procesales; Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Católica de Uruguay; Grupo Editorial Ibáñez, Colección Internacional. 210, Pág 637.

Para que exista y se pueda constatar el ejercicio abusivo del Derecho, es necesario que exista un Derecho subjetivo que habilite a un sujeto de derecho capaz de acción u omisión y actúe en principio en el marco de la ilicitud afectando Derecho de terceros o de la contraparte o de protegidos jurídicamente.

Así mismo, se requiere que el Derecho subjetivo se ejerza en forma irregular, antisocial o inmoral, apartándose de la buena fe, de la moral y de los socialmente admisible. La consecuencia del ejercicio de este derecho está en la afectación de un interés jurídico ajeno no tutelado por la norma específica, lo que causa un daño a ese tercero jurídicamente relevante.

Debe existir una relación de causalidad entre el ejercicio del Derecho y la afectación del interés del tercero, así como también el daño causado es imputable al que ejerce el derecho pro proceder en forma dolosa o culposa, por haber usado el derecho en forma anormal, irracional o irregular; porque se procedió sin interés o sin interés legítimo, sin necesidad o utilidad se apartó de lo que el caso exigía el proceder de buena fe acorde a las buenas costumbres, se actuó con desvío del fin propio del Derecho que se ejerce, se actuó con desvío del fin que es propio del Derecho que se ejerce, o se lesionó sin justa causa un derecho de un tercero o de la contraparte. El abuso del Derecho no exige necesariamente que la calificación de la conducta que traspasa los límites del uso adecuado del Derecho debe ser calificado como culposa o dolosa.

El abuso del Derecho para que se concrete debe tener en cuenta unas reglas que la doctrina ha denominado como que el abuso del Derecho no se presume, ya que es necesario probar con claridad el abuso del Derecho lesionado y la relación causal con un daño de entidad relevante jurídicamente; el abuso debe ser notorio y evidente e importante y de interpretación estricta, y no se debe fundar en que es una arbitrariedad del operador jurídico, sino la discrecionalidad en la incurre con el abuso

del derecho.

El abuso del Derecho se diferencia del fraude a la ley, en que en el primero se ejercita un derecho subjetivo, desviándolo de su fin acusando un daño y en el fraude a la ley se infringe un derecho objetivo buscando su transgresión al amparo de otras diferentes. En el abuso del Derecho hay exceso por el mal uso del derecho subjetivo, y en la fraude a la ley hay un mal uso del Derecho objetivo usando las normas en forma torcida del Derecho. Se parecen en que ambos casos buscan fines opuestos al ordenamiento jurídico.

Veamos entonces como se produce el abuso del Derecho a la propiedad, del Derecho ambiental y del derecho de copropiedad. En relación al Derecho a la propiedad debemos afirmar que en Colombia el artículo 58 constitucional garantiza el Derecho a la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes, que impone obligaciones sociales al propietario. Esto indica que el propietario debe tener propiedad productiva dentro de la función social que cumple, así mismo cuando el bien sea declarado de utilidad pública tiene la carga de facilitar la adquisición voluntaria por parte del Estado para destinarlo a la necesidad pública.

Esto indica que es abuso del Derecho cuando un propietario aun a sabiendas de que su predio es declarado de utilidad pública para desarrollar proyectos que necesita el Estado para ponerlos al servicio de la comunidad y poder satisfacer necesidades públicas, a pesar de ello acude a todas las argucias procesales a fin de evitar los procesos de extinción administrativa y judicial, retrasando la ejecución de los contratos, lo que le genera mayores costos a la entidad pública contratante porque debe asumir la mayor permanencia del contratista en obra por la falta de entrega de los predios para desarrollar el proyecto. Siendo así encontramos que el propietario está abusando de su Derecho a la propiedad porque esta impidiendo el ejercicio de la función social que debe cumplir la propiedad, pues se le está garantizando su indemnización que comprende el precio del inmueble y la indemnización por grado

de protección, reducción de ingresos etc.

Así mismo existe abuso del Derecho, cuando el contratista obtiene todos los permisos y autorizaciones previas para ejecutar los contratos y los proyectos que impliquen afectación negativa al medio ambiente, tales como la licencia ambiental, las licencias de construcción, las licencias de urbanismo, etc. Se abusa del derecho aprovechando el otorgamiento del permiso y/o autorización y amprado en ello ejecuta actividades que van mas allá de las permisiones de las licencias afectando con ellos el desarrollo sustentable del medio ambiente.

2. El ejercicio abusivo de las prerrogativas públicas establecidas en el Derecho contractual

El artículo 14, numeral 2º de la Ley 80 de 1993, establece que “Pactarán las cláusulas expcionales al Derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas expcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignent expresamente...”

Parágrafo: En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstitos, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los

contratos de seguros tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”¹⁵⁷.

Con la citación normativa de precedencia, encontramos que las cláusulas excepcionales o prerrogativas públicas, son clasificadas en obligatorias o presuntas, facultativas, y prohibidas de acuerdo a la tipología del contrato, y en tal virtud, en aquellos casos en donde apliquen las cláusulas exorbitantes ya sean porque se han pactado expresamente o porque son de aquellos contratos en donde opera de manera presunta, debe tenerse en cuenta que la Administración pública contratante, sólo puede hacer uso de ella previa garantía del debido proceso, sin desviación de poder, y con la debida motivación, siempre que el interés público sea lo que justifique a acudir a una medida excepcionalísima, es decir, se apela a ella cuando no existe otra forma de superar el obstáculo, salvo que sean causales de terminación del contrato insuperables, porque constituya norma de orden público.

De allí, que si la administración contratante actúa con abuso o desviación de poder, declarando la terminación, modificación, interpretación, caducidad o reversión en un contrato estatal a través de una vía de hecho, o contrariando el ordenamiento jurídico, el interés público y la justicia conmutativa del contrato, habrá utilizado la competencia prevista en la norma para perseguir una finalidad distinta a la prevista en ella, y ello constituye abuso del Derecho y pro tanto abuso del ejercicio de las prerrogativas públicas de la administración pública contratante.

¹⁵⁷ Artículo 14, numeral 2º de la Ley 80 de 1993.

3. El ejercicio abusivo del derecho administrativo y la desviación de poder en el contrato estatal

Bien es sabido que los titulares de la función administrativa ejercen unas funciones que son regladas, y otras que son discrecionales. Las discrecionales son el verdadero caballo de Troya del derecho administrativo y el talón de Aquiles del Estado democrático de Derecho, en tanto le da cierta libertad a la administración para tomar decisiones que puede escoger de varias posibilidades establecidas en la norma.

Es así como en contratación estatal, si bien no existen decisiones discrecionales, sino reglados porque todas encuentran sus presupuestos legales en la ley, no es menos cierto que lo que sí puede suceder es que en los actos reglados separables del contrato y no separables del contrato se puede incurrir en desviación de poder y con ello en abuso del derecho, pues la competencia para expedir el acto administrativo -de apertura del proceso selectivo, de revocatoria del proceso, de adjudicación del contrato y de revocatoria del mismo, el acto que impone una multa, declara el incumplimiento, hace efectiva la garantía y la penal pecuniaria, declara la caducidad, interpreta, modifica o termina unilateralmente el contrato-, pero habrá desviación de poder y por ende abuso del derecho administrativo y del derecho contractual cuando se aprovecha la facultad prevista en la norma para expedir el acto, para perseguir fines distintos a los que la norma autoriza.

Esos fines que motivan cada una de las actuaciones de la administración en materia contractual, son aquellos que buscan garantizar la necesidad pública que se pretende satisfacer con la celebración y ejecución del contrato, y con el objeto del mismo que es el resultado que espera la administración pública y la comunidad.

Cuando la finalidad que persigue el ejercicio de una potestad contractual, o la

posición dominante de la parte contractual que hace uso de ella, es desviada, dirigida y torcida para expedir un acto administrativo cuya finalidad aparente es el cumplimiento de los cometidos estatales, y de manera oculta busca satisfacer intereses particulares con infracción de los principios constitucionales de la función administrativa y en especial contra los principios orientadores de la contratación estatal como es el de planeación, economía, responsabilidad, selección objetiva; este hecho se constituye en el típico acto de discrecionalidad y arbitrariedad de la administración, que se concreta en el ejercicio grosero de las competencias administrativas de los servidores públicos, que el Estado social de derecho califica de abuso o desviación de poder.

4. El ejercicio abusivo del Derecho contractual

Se abusa del derecho contractual desde la fase precontractual cuando se ejerce abusivamente el derecho de informar, induciendo en error o engaños a la comunidad, a los órganos de control y al oferente, o bien cuando se proponen cláusulas ejerciendo el derecho de la contratación de forma que se evidencia la imposición del fuerte sobre el débil estableciendo condiciones desequilibradas y poco transparentes. El abuso del derecho no puede ser invocado, ni trae como consecuencia la rescisión de malos negocios jurídicos contractuales sino contra el aprovechamiento o la ventaja obtenida en forma maliciosa e inmoral.

Igualmente, incurre la administración en abuso del derecho contractual, cuando aprovechando su posición de contratante estatal, abusa del ejercicio de sus potestades excepcionales para imponer cargas desequilibradas e injustas a los contratistas que le hagan mas gravosa la ejecución del contrato, sin que se le restablezca la ruptura del equilibrio económico del contrato que ella produce. Este abuso del derecho contractual se produce cuando la administración interpreta de manera unilateral de manera irracional y desproporcionada las estipulaciones

contractuales así como cuando da por terminado o modifica unilateralmente el contrato sin motivación alguna, o con motivación insuficiente, o con falsa motivación.

También incurre en abuso del Derecho el contratante estatal, que declara la urgencia manifiesta, sin que exista situaciones de inminente peligro, de urgente necesidad de prever o enfrentar situaciones emergentes excepcionales o de calamidad pública, o de la salud sin que existan en la realidad. En el mismo abuso del derecho, incurre la administración contratante, que declara la caducidad del contrato, cuando la medida no es la mas convenientes para la necesidad pública que se pretende satisfacer, o cuando no existe el incumplimiento grave que paraliza o amenaza con paralizar la ejecución del contrato, y cuando la administración acude a la desviación de poder, a la falsa motivación, a la discrecionalidad y la arbitrariedad para hacer uso de las potestades especiales y excepcionales al derecho común, o cuando aprovecha su posición dominante para someter al contratista bajo la amenaza antijurídica de declarar la caducidad del contrato, de imponerle una multa, hacerle efectiva la cláusula penal pecuniaria o la declaración de la garantía del contrato, sino no acepta la pretendida cesión del contrato, o cualquiera otra pretensión ilegal por fuera de las estipulaciones pactadas en el contrato por las partes.

El contratista particular, también podría estar incurso en abuso del derecho contractual, cuando para ocultar sus incumplimientos definitivos, parciales, provisionales o de cumplimiento defectuosos del contrato, el indebido uso e inversión del anticipo, o del pago anticipado recibido, incurre en maniobras fraudulentas, en simulaciones de existencia de hechos constitutivos de riesgos previsibles, o imprevisibles, ordinarios o extraordinarios, asignados, y asumidos ya sea de manera compartida o exclusiva por el contratante público, solicita prórrogas en el plazo del contrato, la suspensión del contrato, las reclamaciones económicas por mayor permanencia en la obra o en la ejecución del contrato, solicitud de adiciones, mayores cantidades de obra, revisiones de precios con la anuencia del interventor, supervisor del contrato.

TERCERA PARTE

LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO PATRIMONIAL EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

TÍTULO PRIMERO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL SEGÚN LA TIPOLOGÍA DEL CONTRATO ESTATAL

En el marco de la responsabilidad civil de los contratos estatales, corresponde analizar cada tipología contractual con sus respectivas características y diferentes modalidades incluyendo la normatividad aplicable, con el fin de identificar la forma adecuada para poder identificar las conductas que dan lugar a la configuración de una daño patrimonial y pueden generar responsabilidad civil, fiscal, penal y disciplinaria que de la gestión contractual se derive¹⁵⁸.

De esta manera, me propongo abordar los diferentes contratos que celebra el Estado

¹⁵⁸ Ob. cit. SANTOS BRIZ. Responsabilidad Civil. Tomo II. Elementos Comunes a toda responsabilidad Civil. La culpabilidad como requisito general de la responsabilidad Civil; Graduaciones Penales de la culpa en la legislación española. Culpa Civil y Culpa Penal, Culpa contractual y culpa extracontractual; Concurrencia de culpas; El daño y sus clases; sobre los daños indirectos; La relación causal y problemas generados con ella; La reparación de daños; Procedencia y cuantía de las indemnizaciones, El resarcimiento de daños como deuda de valor; La indemnización de daños y el contrato de seguro; Responsabilidad por el hecho de otro derivado de acto ilícito no penal; La responsabilidad civil por hecho de otro derivada de infracción penal; La responsabilidad por riesgo; Los daños recíprocos por colisión de vehículos; responsabilidad por riesgos de navegación aérea y energía nuclear; Responsabilidad por los daños causados por la ruina de edificios; la responsabilidad de la administración pública por los daños derivados de acto ilícito; Responsabilidad por los daños producidos por inmesiones o instalaciones industriales y pro ruidos; Responsabilidad Civil de los profesionales; Accidentes en los ferrocarriles, Hechos de los animales y caza; Derecho Procesal de la Responsabilidad Civil; Prueba de los daños y formas de liquidación de los mismos, la responsabilidad civil en el proceso penal; La renuncia a la indemnización por daños como modo de extinción de responsabilidad civil, La prescripción de acciones para exigir responsabilidad contractual. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid, 1993. Pág. 551 y ss.

y también los regímenes contractuales especiales de la administración pública a fin de determinar las probabilidades, hechos, comportamientos, actuaciones, acciones, omisiones y operaciones administrativas contractuales que pueden dar lugar a la responsabilidad civil de las entidades públicas contratantes, a los contratistas particulares, consultores, interventores, supervisores y garantes de los contratos por la configuración de un daño patrimonial dentro del régimen de responsabilidad civil contractual del deudor de la prestación al acreedor de la misma.

CAPÍTULO PRIMERO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL- CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

SUMARIO. 1. Tipologías del contrato de obra pública según la cláusula de precio y pago. 1.1.-El daño patrimonial en el contrato de obra pública a precio global o alzado: precio global fijo y precio global con fórmula de reajuste. 1.2.-El daño patrimonial en el contrato de obra pública a precios unitarios.1.3.- El daño patrimonial en el contrato de obra pública por el sistema de administración delegada. 1.4.-El daño patrimonial en el contrato de obra pública por reembolso de gastos y pago de honorarios. 2.-El daño patrimonial en el contrato de obra pública y de concesión de infraestructura del transporte con fase de pre-construcción, construcción y mantenimiento con entrega de estudios y diseños. 3.- El daño patrimonial en

el contrato de obra pública y de concesión de infraestructura del transporte-llave en mano

El contrato de obra pública que es el contrato estatal por antonomasia, genera grandes dificultades en su aplicación jurídica debido a su naturaleza y complejidad económica, jurídica, financiera social y ambiental; razón por la cual es indispensable conocer e interpretar en debida forma su régimen jurídico, no sólo por las partes intervinientes en la relación contractual, sino por ser este el objetivo que nos hemos trazado en razón del carácter de la intervención de los órganos de control en todo el proceso contractual.

Esto con el fin de evitar actuaciones contractuales que puedan llegar a perjudicar los intereses patrimoniales del Estado y conductas reprochables desde todo punto de vista, pero sin olvidar que este estudio procura, que los órganos de control en especial el juez del contrato tenga en cuenta los límites de sus competencias en materia de contratación estatal, fundados en el principio de legalidad contractual¹⁵⁹.

De esta manera, tenemos que el EGCAP en el artículo 32, de manera enunciativa define algunos contratos estatales dentro de los que se encuentra en el numeral 1º el contrato de obra pública, como aquellos que celebran *“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”*.

El contrato de obra se encuentra igualmente definido en el código civil, norma que resulta aplicable por remisión expresa que trae consigo el EGC en los artículos 13: *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”*; 32: *“Son contratos estatales*

¹⁵⁹ DIEZ- PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil-Patrimonial II. Las relaciones obligatorias. Quinta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996, Pág. 234.

todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad” y 40: “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”

1. Tipologías del contrato de obra pública según la cláusula de precio y pago

La Ley 80 de 1993, nada dijo sobre la clasificación de los contratos estatales de obra pública, de tal manera que es preciso entonces revisar que en las normas reguladoras de la contratación estatal anteriores a la ley 80, se establecía una clasificación de los contratos de obra pública, situación que en nada impide que actualmente y de manera convencional, se establezca en contrato o en los pliegos de condiciones la forma como ha de llevarse a cabo el pago del precio pactado, teniendo en cuenta la formula que más convenga a la entidad y los diferentes deberes y obligaciones que consigo trae la formula escogida.

De esta manera, tenemos que de conformidad con el artículo 69 del decreto 150 de 1976, en el contrato de obra pública se pueden pactar las siguientes formulas de pago:

a) Por un precio global o a precio alzado;

- b) Por precios unitarios, determinando el monto total de la inversión;
- c) Por el sistema de administración delegada;
- d) Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y
- e) Mediante el otorgamiento de concesiones.

Idéntica clasificación establecía el artículo 82 del decreto 222 de 1983 sobre la formula de pago en los contratos de obra pública, estableciendo ambas disposiciones que es posible establecer mecanismos para la revisión de los precios cuando los mismos han sido pactados a precio alzado o a precios unitarios.

“...como la ley de contratación sólo se limita a definir el contrato de obra, resulta conveniente profundizar en los distintos tipos o formas que se puede presentar. La Ley 80 de 1993 y sus reglamentarios no lo clasifica ni señala las formas o manera como éste puede celebrarse, lo que quiere decir que deja en libertad a la entidad estatal para escoger la manera como quiera celebrar el contrato de obra, y por tanto lo autoriza para que ella misma escoja como quiere contratar la obra, cómo va a ser a remuneración del contratista, etc.

Por tanto, esa libertad que permite la ley, autoriza a la entidad contratante para que pueda organizar la forma con va a contratar; como va a remunerar y como va a escoger el procedimiento que va a utilizar para llevar a cabo la obra. Claro está, que tales posibilidades para la entidad estatal deben quedar señaladas en los pliegos de condiciones de referencia, para que el contratista conozca la forma como va a contratar; sepa como se va a remunerar y en definitiva, dentro de los distintos contratos de obra que la ley y la costumbres aceptan, saber de ante mano cual va a ser el que él va a ejecutar”.

Desde la perspectiva de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 1082 del 26 de mayo 2015, por el cual se expide el Estatuto Único Reglamentario del Derecho administrativo de los sectores regulados y de

contratación pública y concordante con el artículo 2060 del CC; el contrato de obra pública admite diferentes formas de precio, a saber: “a) *Por un precio global o a precio alzado con ajustes o sin ajuste; b) Por precios unitarios, determinando el monto total de la inversión, estableciendo fórmulas de actualización de precios; c) Por el sistema de precios mixtos, en donde existe un componente a precio global con ajuste o sin ajuste según la voluntad de las partes, y existe otro componente a precios unitarios, tales como las mayores cantidades de obra, los contratos adicionales, obras complementarias, reconocimientos por mayor permanencia, actualización de diseños etc; d) Por el sistema de administración delegada; e) Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y e) Mediante el otorgamiento de concesiones; de conformidad con lo pactado por las partes en virtud del acuerdo de voluntad. Así mismo, se podrá pactar el precio en el contrato de obra por administración delegada, reembolso de gasto y pago de honorarios y los llamados contratos llave en mano*”¹⁶⁰.

Igualmente quedó previsto en la legislación anterior a la Ley 80 de 1993, que el contrato de obra pública puede pactarse mediante el sistema de concesión, posibilidad que adquiere una nueva categoría de contratos estatales en el EGC, como contrato de concesión propiamente dicho diferente a un contrato de obra.

“Tratándose de contratos de obra pública, de manera general puede decirse que es muy frecuente que las partes no conozcan a priori o desde el comienzo, las reales cantidades de obra que deben ser ejecutadas para completar el objeto contractual deseado, por lo cual no están dispuestas (en especial el contratista) a celebrar contratos a precio global o precio alzado, dado que existe un gran riesgo para la parte contratista o ésta querrá cubrirse tan bien que el riesgo, entonces, se traslada para el contratante, al resultar el precio tan inflado que cubra suficientemente el riesgo

¹⁶⁰ Op. Cit. ALTERINI, Aníbal Atilio; DE LOS MOZOS, José Luis; SOTO, Carlos Alberto. Instituciones de Derecho Privado, Contratación Contemporánea. Tomo II. Redes Contractuales, contratos conexos y grupo De contratos. Ricardo Luis Lorenzetti. .Editorial Temis, Bogotá; Editorial Palestra, Lima, 2000, Pág. 132 y ss.

asumido. Por ello, lo normal, usual y casi indispensable es que ambas partes prefieren ponerse de acuerdo sobre:

a) el objeto del contrato y su desagregación en capítulos o ítems de obra y en el precio unitario de cada ítem de obra (contrato a precios unitarios).

b) sobre el objeto del contrato y se convienen unos procedimientos para que se reembolsen los verdaderos costos de ejecución del objeto contratado y se pacta un porcentaje a título de honorarios a favor del contratista (administración delegada).

c) sobre el objeto del contrato y una metodología para que el contratista financie la obra con sus propios recursos, pero donde el contratante, periódicamente, le reembolsa los gastos efectuados y le reconoce unos honorarios, generalmente porcentaje sobre costos, (reembolso de gastos y honorarios).

Las dos últimas modalidades de acuerdos se utilizan muy frecuentemente para ejecutar partes de un contrato donde las dificultades de ejecución lo hacen muy oneroso o donde se presentan contingencias especiales, donde se hace muy difícil predecir el valor real de su ejecución”.¹⁶¹

1.1. El daño patrimonial en el contrato de obra pública a precio global o alzado: precio global fijo y precio global con reajuste

En el contrato estatal de obra, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1501 de CC, se distinguen como de su esencia el acuerdo sobre el objeto o alcance del contrato y el acuerdo sobre el precio del mismo, y es este último acuerdo (sobre el precio) en el cual encontramos las diferentes modalidades del contrato de obra

¹⁶¹ Artículo 2060 del Código Civil colombiano. Anotado por Tafur González, Alvaro. Editorial Leyer, Bogotá, 2015.

pública por la función que entra a cumplir tal acuerdo¹⁶².

En los contratos a precio global o alzado, el valor que se incluye en la cláusula de precio es un valor único prefijado, que genera obligaciones entre las partes. Es el pago que debe realizar la administración por la obra contratada y por otro lado la obligación del contratista de ejecutar la totalidad del objeto del contrato por el valor pactado con anticipación. Es decir, mediante esta fórmula se establece el valor real del contrato y se afirma que el contrato de obra fue celebrado con un precio global fijo, inmodificable.

No obstante lo anterior, lo cierto es que en los contratos de tracto sucesivo puede resultar una variación de los precios para los materiales, transporte, etc., por aumentos que pueden ser previsibles en las condiciones del mercado, de donde surge el deber de mantener la igualdad o equivalencia de las prestaciones, o ecuación contractual que se traduce en que al momento en que nace el contrato, se establece una ecuación que coloca en una igualdad los deberes que se contraen y los derechos que se adquieren, o que la igualdad entre las prestaciones asumidas, debe permanecer inmutable durante toda la vida del contrato, por lo cual si llegare a ser alterada o modificada por la variación de algunos de sus componentes, surge la obligación de restablecerla, recomponiendo el presupuesto que ha cambiado¹⁶³.

Lógicamente, los precios que rigen el contrato están estructurados para una ejecución normal del mismo, satisfacen la prestación del contratista en una relación contractual en la que se cumplen todas las previsiones que las partes hicieron al iniciar su vinculación, en donde nada atípico sucede, en donde no hay costos adicionales, fenómenos extraordinarios, ni hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito.

¹⁶² MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Edición actualizada. Rubinzal-Culzoni Editores. 1995, Buenos Aires, Pág 117 y ss.

¹⁶³ LORENZETTI, Ricardo Luis. Contratos Parte Especial, Tomo I. Rubinzal-Culzoni, Editores. Buenos Aires 2007. Pág, 334.

Para lograr mantener una debida correlación entre las prestación del contrato, es necesario pactar en el mismo el tipo de moneda mediante el cual se efectuaran los pagos y en tal sentido especificar si los precios que pagan en dicho contrato estarán sujetos a un reajuste que permita conservar el valor del contrato inicialmente pactado.

Para evitar el deterioro monetario, se utilizan las formulas de actualización de precios, con las cuales se asegura que los valores pagados sigan teniendo el mismo poder adquisitivo, es decir, es el mismo valor aunque con una mayor expresión numérica.

El Consejo de Estado, sobre los mecanismos de revisión de precios de los contratos ha establecido que “otro mecanismo es el de ajuste o revisión de precios, establecido en el numeral octavo del artículo cuarto de la ley 80 de 1993, que busca mantener la ecuación contractual frente al aumento de los costos del contrato. El supuesto que determina la aplicación de tal dispositivo no se origina, necesariamente, en la administración y no requiere que sea imprevisible. Al respecto, en Sentencia de 16 de febrero de 2001, se señaló lo siguiente:

“Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están

*llamadas al fracaso*¹⁶⁴.

Los mecanismos descritos tienen el mismo objetivo: mantener la equivalencia de prestaciones entre los contratantes y proteger prudentemente, por razones de equidad, las utilidades o ganancias, previstas al momento de celebrar el contrato, de quien se ha visto afectado, sin su culpa, por hechos que desequilibran la ecuación económica. Sin embargo, los requisitos que dan lugar a la aplicación de uno u otro mecanismo son diferentes. Sobre los requerimientos para reconocer el reajuste o la revisión de precios, la doctrina ha expresado lo siguiente:

a) En cuanto al fenómeno que la tipifica

“La revisión de precios se aplica por el acaecimiento de aleas previsibles, como la inflación y la devaluación de la moneda, que aún cuando se puede conocer anticipadamente su ocurrencia, no es posible cuantificar exactamente el impacto porcentual que tendrá en los valores determinantes del precio. No es procedente que el contratista solicite el ajuste o revisión de precios, cuando razonablemente puede prever el monto de los mayores costos que pueden sobrevenir durante la ejecución del contrato por los cambios de la realidad económica, porque el principio general de la buena fe que preside la formación y el cumplimiento del vínculo contractual, le impone el deber de cotizar un precio en la licitación o concurso que incluya todos los costos que diligentemente se puedan conocer al momento de presentación de la oferta.

La anterior es la diferencia más relevante entre la revisión de precios y la teoría de la imprevisión, pues para la aplicación de la primera no es necesario que el alea que altera la equivalencia económica del contrato sea un fenómeno que tenga carácter de imprevisibilidad, como si se requiere para la procedencia de la segunda. La

¹⁶⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 16 de febrero de 2001.

revisión de precios se aplica para mantener la intangibilidad de la remuneración del contratista, por las alteraciones que se pueden presentar en los costos de los componentes de las obras, por fenómenos normalmente previsibles en su ocurrencia, como la inflación y la devaluación de la moneda, pero desconocidos en su incidencia porcentual en el valor del contrato.

b) En cuanto a la ruptura de la equivalencia económica

La revisión de precios procede por la variación de los costos de los componentes que integran las obras, servicios o suministros, lo que es un fenómeno objetivo que altera la equivalencia económica del contrato, sin que sea necesario que esta alcance determinada magnitud; se aplicará obligatoriamente cuando se presente cualquier aumento o disminución de los índices que reflejan el comportamiento de los costos. No se requiere, como por ejemplo ocurre con la teoría de la imprevisión o doctrina del riesgo imprevisible, que la variación de los costos supere el alea normal del contratista o torne excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación”¹⁶⁵.

Se puede, entonces, establecer una diferencia fundamental entre el reajuste de precios y la teoría de la imprevisión; en el primero el hecho generador es perfectamente previsible, por eso generalmente se pacta en el contrato y se establece la aplicación de índices y fórmulas que permitirán reconocer los sobrecostos que pudieran ocurrir. Mientras que en la segunda, se trata de un hecho imprevisible, que solo después de su ocurrencia se puede constatar y, por lo tanto, establecer la manera como afecta el contrato y el monto de los sobrecostos consiguientes. Debe señalarse, en todo caso, que en ambos eventos es necesario demostrar el hecho generador del desequilibrio y su incidencia en los costos del contrato¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Op. Cit Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 16 de febrero de 2001.

¹⁶⁶ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. Derecho de Contratos. Ediciones Bosch, 2003, Barcelona. Pág. 273 y ss.

En consecuencia, tenemos que la equivalencia de las prestaciones en los contratos de tracto sucesivo, pueden presentar variaciones durante su ejecución que afectan la economía del contrato, que se refleja en los precios o valor real del mismo y en consecuencia en el valor que la administración debe pagar al contratista como contraprestación por las obligaciones asumidas, variaciones que como bien se explicó en la sentencia citada, no son del ámbito de la teoría de la imprevisión¹⁶⁷.

Igualmente, tenemos que la cláusula de reajuste opera para ambas partes, de tal manera que si los precios del mercado aumentan se le deberá reconocer al contratista ese mayor valor siempre y cuando se demuestra que halla incurrido en él; en caso contrario, si los precios del mercado tienden a disminuir los reajuste deben hacerse a favor de la administración teniendo en cuenta que los costos en que incurrió el contratista fueron menores a los inicialmente pactados y sobre los cuales los servidores públicos responsables de la contratación en la Entidad les asiste el deber de reajuste el valor del contrato con base en el índice negativo del incremento del valor del contrato.

En estos casos en donde el contrato estatal señala el precio y la formula de reajuste, revisar los precios por fuera de este mecanismo contractual cambiando su modalidad cualquiera que sea y esto aumente su valor, o cambie una modalidad por otra la diferente entre el valor inicialmente pactado y el valor modificado constituye la cuantificación del daño patrimonial contractual resarcible¹⁶⁸.

¹⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO
TERCERA

veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación : Expediente : Demandante:
Demandado: Naturaleza: 760012331000199900522-01

Valle del Cauca. Contratos.

¹⁶⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los contratos. Editorial Temis S.A. Editorial Jurídica de Chile, 2003, Bogotá, Pág. 147.

1.2 El daño patrimonial en el contrato de obra pública a precios unitarios

El contrato a precios unitarios fue definido en el anterior estatuto de Contratación Decreto 222 de 1983, en el artículo 89 como aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije.

El precio unitario como los demás que se verán a continuación, es sólo un precio estimativo, una suma probable sobre el valor del contrato y de las cantidades de obra a ejecutar calculadas al inicio del contrato, que pueden variar durante la ejecución del mismo aumentando el valor final del contrato, lo cual hace que se presente una diferencia sustancial entre los contratos celebrados a precio determinado con los contratos celebrados a precios determinables que en la práctica repercute en la aplicación de las figuras de los contratos adicionales, las adiciones, las mayores cantidades de obra y de la prohibición legal de adicionar por más del 50% del valor del contrato contenida en el EGC, punto de importancia para el ejercicio del control fiscal, pues no se estaría incurriendo en la prohibición legal de adicionar por más del 50% del valor del contrato si este fue celebra a un precio determinable que no resulta obligatorio para las partes.

Al respecto, vale citar un concepto del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU de Bogotá D.C., sobre esta figura:

La institución jurídica del contrato adicional estuvo consagrada en los anteriores estatutos de contratación. En efecto, el artículo 58 del Decreto 222 de 1983 en forma caso idéntica a los dispuesto en el artículo 45 del Decreto Ley 150 de 1976, estableció: “...cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato

adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional” (se resalta)¹⁶⁹.

El Consejo de Estado al analizar esta disposición señaló que de la lectura de esta norma se deduce claramente que el legislador extraordinario denominó equivocadamente contratos adicionales a las modificaciones del plazo y del valor de los contratos administrativos, pues estas son simples reformas que no implican cambio radical en el contrato.

De esta forma, se consideró que sólo cuando se hace necesario reformar el objeto del contrato se está frente a la celebración de verdaderos contratos adicionales, porque ello implica una modificación por obras complementarias del convenio inicial. Por lo mismo, debe entenderse que cuando la norma se refiere a la celebración de un contrato adicional por modificación del plazo o del valor se está frente a una mera reforma del contrato y por el contrario, cuando se celebra un contrato adicional las partes contratantes acuerdan una modificación del alcance del objeto y la consecuente alteración del plazo y del valor del contrato. Como por ejemplo, se cita el caso de un contrato de obras públicas en el que se pacta la construcción de un determinado tramo de una carretera y una vez en ejecución se determina que el tramo debe ampliarse; ese cambio obviamente incide en la modificación del alcance del objeto, del plazo y del valor del contrato principal, lo que conlleva necesariamente la celebración de un contrato adicional¹⁷⁰.

El párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, estableció que “Los contratos *no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales*” (se resalta).

¹⁶⁹ Artículo 58 del Decreto 222 de 1983 en forma caso idéntica a los dispuesto en el artículo 45 del Decreto Ley 150 de 1976.

¹⁷⁰ SCOGNAMIGLIO, Renato. Traducción de Fernando Hinestrosa. Teoría General del Contrato. 1996, Universidad Externado de Colombia. Bogotá; Pág. 23 y ss.

El Consejo de Estado, pronunciándose sobre el alcance de esta disposición, diferenció los contratos pagados a precio global o alzado y aquellos a precio indeterminado pero determinable –contratos a precios unitarios, por administración delegada o por reembolso de gastos-, estableciendo que en éstos últimos la cláusula del valor en el mismo apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero que no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto. En estas condiciones es lógico concluir que las obligaciones nacidas del contrato son todas y que la obligación recíproca es hasta la conclusión del objeto contractual, sin que puedan entenderse limitadas o disminuidas esas obligaciones en razón de una cláusula de valor que no hace cosa distinta de señalar un "estimativo" del mismo, pero en la cual, por el mismo sistema de contratación, lo que se está advirtiendo es que puede cambiar .

De conformidad con lo anterior, continua el Consejo de Estado, *“...solamente habrá verdadera “adición” a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada; en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato”* (se resalta)¹⁷¹.

Así pues, en los contratos a precio determinable como los pactados a precios unitarios, no es pertinente celebrar un contrato adicional en valor, ya que el contrato

¹⁷¹ Artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

no ha cambiado su valor, solamente se comprueba que hubo una estimación inadecuada de las cantidades previstas para ejecutar ese contrato. En estos casos, lo procedente es simplemente, **efectuar por la administración un movimiento o adición presupuestal para cubrir ese mayor costo de ejecución del contrato.**

Lo anterior nos lleva a concluir que la prohibición de adicionar en más del 50% del valor del contrato, contenida en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, no es aplicable en los contratos a precio determinable cuando el precio inicial estimado se incrementa por mayores cantidades de obra de los ítems inicialmente previstos. Desde luego, si las modificaciones requeridas implican adiciones en el alcance del objeto contractual o exigen la creación de nuevos ítems de contrato o variación en los precios unitarios, tales modificaciones deberán recogerse en un contrato adicional¹⁷².

Finalmente, es necesario aclarar que el estatuto contractual vigente, contenido en la Ley 80 de 1993, conservó el criterio de excluir de la adición del contrato los reajustes o revisión de precios. Así se desprende de lo dispuesto en los artículos 4º numeral 8º, 14 numeral 1º, 16, 25 numerales 13 y 14, y 27 que disponen la aplicación de mecanismos de ajustes de precios sin referirlos a la estipulación de una adición del contrato. Específicamente, el numeral 14 del artículo 25 ordena a las entidades estatales incluir en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos que se originen, entre otras causas, en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

Así, el acta de mayores cantidades de obra se entenderá para efectos legales como el movimiento presupuestal o la adición presupuestal ya aludidas, sin que esto signifique que hubo adición de contrato o contrato adicional, en el sentido ya

¹⁷² FERRI, Luigi. Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil. Editora Jurídica Grijley. Lima, 1997, Pág. 99 y ss.

expuesto, no siendo aplicable a las mayores cantidades de obra la prohibición porcentual contenida el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

De esta manera, para el ejercicio del control fiscal en los contratos celebrados con este sistema de pago igualmente debe tenerse en cuenta lo dicho por el Consejo de Estado en el siguiente sentido:

“Y como en la realidad es extraño que el valor pactado en el contrato coincida con el valor final de la obra, tal situación no puede afectar al contratista, toda vez que en los contratos conmutativos, como es el de obra pública, el contratista debe recibir la contraprestación de pago, por lo general, exacta al valor de la ejecución onerosa de la obra pública entregada a satisfacción. Sobre la conmutatividad en los contratos, el Código Civil enseña, en el artículo 1498, que “El contrato es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe o hace a su vez”. Y aunque no se desconoce judicialmente que la mayor cantidad de obra puede deberse o a situaciones imprevistas o a falencias administrativas en los estudios previos que realizó y que inciden, negativamente y por defecto, en el valor presupuestado para su ejecución, tales circunstancias ajenas al contratista, unas inimputables a la Administración (imprevistos) o imputables a ésta (irregularidad administrativa) no pueden concluir en la determinación de que el daño sufrido por el contratista no es antijurídico, porque él no está obligado a soportar detrimento patrimonial y pérdida de utilidad¹⁷³.

Además habiéndose comprometido el contratista, en su declaración de voluntad al negociar con la Administración, ofertando y celebrando el contrato, a hacer una obra determinada (art. 1.517 C. C.), está obligado a entregarle a la Administración lo contratado, pues a más de que los contratos deben además ejecutarse de buena fe

¹⁷³ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. Transformación del Derecho de Contratos. Contratación predispuesta, Clausulas generales de contratación, clausulas abusivas o vejatorias, Contratación electrónica, Contratos informáticos. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2005, Pág. 145 y ss.

“obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”, como así lo señala el artículo 1603 ibídem.

Por ello en los contratos a precios unitarios, más que en otros, está implícita la cláusula rebus sic stantibus que permite adecuar el contrato a las necesidades durante su ejecución y el principio de mutabilidad de los contratos encuentra sus límites sólo en el objeto del contrato y en la finalidad que motivó la celebración del mismo.

1.3 El daño patrimonial en el contrato de obra pública por el sistema de administración delegada

Los contratos de obra pública por el sistema de administración delegada en la práctica se constituyen en una especie de mandato mediante el cual el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio. El contratista es el único responsable de los subcontratos que celebre.

Durante el desarrollo de los contratos pactados con esta fórmula de pago, la entidad contratante conserva la dirección sobre el desarrollo del proyecto y todas las actividades que de ahí se desprendan, es decir, la aprobación sobre los equipos a utilizar, la tecnología, autorizaciones, aprobación del personal directivo del administrador delegado que deberá contar con las facultades suficientes para estudiar y resolver los problemas que surjan durante la ejecución del contrato, etc.; pero la dirección técnica del proyecto siempre será de responsabilidad del administrador delegado, obligándose la administración a pagar al contratista el valor necesario para el cumplimiento de las obligaciones de conformidad con el

presupuesto y las condiciones del contrato¹⁷⁴.

En cuando al manejo de los recursos públicos mediante esta forma de pago, se tiene que los fondos que la entidad contratante transfiere al administrador delegado, este los deberá administrar bajo su propia responsabilidad y responderá por la indebida inversión ante la administración y los entes de control incluido las contralorías. Ahora bien, la administración no sólo puede transferir al administrador delegado fondos o recursos públicos, sino que también puede poner a su disposición bienes públicos muebles o inmuebles los cuales deberá restituir en las mismas condiciones en las cuales le fueron entregados, salvo su desgaste natural y de los cuales también deberá rendir informes ante las autoridades antes señaladas y en este entendido en valor final del contrato puede ser variables, como bien ya se había expresado, en razón de las cantidad y calidad de obra ejecutada.

En cuanto al valor que el administrador delegado recibe como contraprestación, generalmente este corresponde a un porcentaje sobre el valor total del proyecto, que bien puede pactarse en un porcentaje fijo o con un tope máximo, para lo cual la entidad debe observar la formula que más se ajuste las necesidades la administración contratante, es decir la que le sea más conveniente. Es decir, como en estos contratos se sabe que el precio inicialmente pactado no se tiene la certeza que se el que efectivamente se va a ejecutar se puede pactar un porcentaje progresivo de conformidad las reales actividades ejecutadas, pero siempre deberá calcular sobre la base del presupuesto oficial del contrato. V. gr. si el contrato tiene ítems sobre redes de acueducto o alcantarillado, bien es sabido que pueden que su cálculo inicial puede resultar inexacto y sería injusto pagar un porcentaje mínimo al contratista se en realidad ha ejecutado mayores obras que resultan necesarias para el cumplimiento del objeto contratado.

¹⁷⁴ JORNADAS COLOMBIANAS. EL CONTRATO: Problemas actuales, evolución y cambios. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, Pag. 15 y ss.

Por último, en cuanto a los contratos celebrados por el administrador delegado cuyo objeto este dirigido al cumplimiento del contrato por administración delegado, es decir los subcontratos que este llegue suscribir, deberá mantener indemne a la administración por la perjuicios o incumplimientos que este le llegara a causar a su contratista, de tal manera que los subcontratos se celebraran con exclusiva responsabilidad del administrador delegado. No obstante, lo anterior en nada impide que la administración se reserve la facultad de aprobar de manera previa cada subcontratista que el administrador delegado le presente con el fin de tener un control sobre las obligaciones que desarrollara cada uno con relación al objeto del contrato y os posibles daños que estos puedan generar a terceros.

1.4 El daño patrimonial en el contrato de obra pública por reembolso de gastos y pago de honorarios

En esta clase de contratos, el contratista, con cargo a sus propios recurso, ejecuta las obligaciones a que se comprometió, y con la periodicidad acordada, la entidad estatal le va reintegrando los gastos comprobados y los honorarios causado, advirtiéndole que estos últimos se señalarán de acuerdo con las tarifas que, con aprobación del Gobierno Nacional, establezcan las asociaciones profesionales que tengan el carácter legal de *“cuerpo consultivo del gobierno”*.

Como bien lo anotamos anteriormente, esta clasificación de los contratos de obra se estableció desde la expedición del Decreto 150 de 1976, y en tal sentido, resulta pertinente su remisión a esta norma. De esta manera, en dicho decreto los contratos de obra pública de conformidad con el objeto se presentaban de la siguiente manera:

“ARTICULO 68. DEL OBJETO DE LOS CONTRATOS DE OBRA. Según su objeto, los contratos de obras públicas pueden clasificarse en tres grupos:

1o.) Para ejecución de estudios, planos, anteproyectos, proyectos, localización de obras, asesoría, coordinación o dirección técnica y programación;

2o.) Para construcción, montaje e instalación, mejoras, adiciones, conservación y restauración;

3o.) Para el ejercicio de la interventoría”.

Así, en el decreto mencionado, eran contratos de obra los que tuvieran por objeto las consultorías que posteriormente en el Decreto 222 de 1983 se separó dicha distinción separando los contratos de obra de los de interventoría.

Todo lo anterior, para indicar siguiendo los planteamiento del Tratadista Avaro Escobar Henríquez, que el contrato de obra se constituye en una activa comercial *“sin embargo dado que la actividad de la construcción o ejecución de las obras es por definición legal del numeral 15 del artículo 20 del Código de Comercio una actividad comercial, destacamos el evidente contenido patrimonial de los contratos de obra”.*

Razón esta por la cual, no resulta concordante con lo establecido por la misma disposición en el inciso final del artículo 90, consistente en que “os honorarios se fijarán de acuerdo con las tarifas que, con aprobación del Gobierno Nacional, establezcan las asociaciones profesionales que tengan el carácter de cuerpo consultivo del gobierno”; es decir que los honorarios no pueden acordarse libremente entre las partes, presentándose contradicciones entre las normas del Código de Comercio con las del Decreto 150 de 1976.

De esta manera, el mismo autor plantea que “as obras deben ejecutarse a los costos que real y efectivamente se encuentren en el mercado en el momento de su ejecución, obteniendo el constructor una utilidad o una pérdida derivada existe entre

los costos reales y los precios pactados. No es normal que una asociación profesional establezca cuáles han de ser los honorarios de un constructor, puesto que dentro del estado actual de las cosas, éste no trabaja para recibir honorarios, salvo cuando se contrata administración delegada, sino que adelanta una verdadera producción industrial a unos ciertos precios al cabo de la cual, obtendrá utilidades o pérdidas, como cualquier empresario, pero no propiamente unos honorarios.

En consecuencia, al no corresponder el concepto de honorarios en las actividades de construcción realizadas mediante el contrato de obra pública, no es acertada esta fórmula de pago para los contratos de obra pública que estableció el derogado Decreto 150 de 1976, por que dicho estatuto legal consideró la consultoría como unas de las modalidades del contrato de obra¹⁷⁵.

2. El daño patrimonial en el contrato de obra pública y de concesión de infraestructura con fase de pre-construcción, construcción y mantenimiento con entrega de estudios y diseños

Los contratos de obra pública y de concesión de infraestructura cuyo objeto y obligaciones implica la implantación de los diseños y estudios técnicos que le entregue al constructor la entidad pública, implica según la naturaleza del mismo lo siguiente:

1.- El contratista constructor de la obra pública recibe los estudios y diseños de la entidad pública contratante, quien antes de iniciar la construcción debe conocerlos, estudiarlos, apropiarlos, y hacer los ajustes, adaptaciones y complementaciones si el contrato lo permite, sino le observa a la entidad los problemas de diseños y la

¹⁷⁵ ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de Rectoría, 1963-2003, Tomo I. Ramón Badenes Gasset. La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

entidad se los devuelve al contratista debidamente ajustados.

2. El contrato de obra pública según las estipulaciones contractuales puede contener el periodo de pre -construcción que precisamente es el periodo de análisis y apropiación de los productos de consultoría en donde el contratista se prepara técnica y administrativamente para ejecutar la obra.

3. Luego de vencido el plazo y culminadas las actividades del periodo de pre-construcción, inicia el periodo de construcción que consiste en la implantación de los diseños, es decir, la ejecución o lo que es lo mismo la construcción de la obra.

4.- Si el contrato de obra pública comprende periodo de mantenimiento, este inicia una vez culminado el periodo de construcción.

5.- Si el contrato es de concesión de obra pública o de cualquiera otra infraestructura física tal como edificación, centros de recreación, infraestructura deportiva o de transporte cualquiera que sea su modalidad, también puede establecer el contrato que los estudios y diseños los entrega la entidad contratante.

6. Estos contratos de concesión de obras públicas comprenden tres periodos de pre-construcción para la apropiación de los estudios y diseños, de construcción para la implantación, ejecución y construcción de las obras, y de operación y mantenimiento para el funcionamiento de la obra pública acompañada de su mantenimiento respectivo. Esto implica que la operación es poner en funcionamiento el bien construido y ponerlo a cumplir su finalidad, esto es el aeropuerto, el terminal terrestre, el terminal fluvial o marítimo, la red vial etc.

El artículo 87 de la Ley 1474 de 2001, introduce el concepto de maduración de proyectos, para regular lo relativo a la obligatoriedad de las entidades públicas de contar de manera previa a la apertura del proceso de selección, o a la firma del

contrato en el caso en que la modalidad de selección sea la contratación directa con los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones según corresponda, incluyendo los predios y su impacto social, ambiental y económico.

De allí, que cuando quiera que existan daños patrimoniales durante la celebración y ejecución de los contratos generados por insuficiencia predial, de estudios y diseños, así como de los estudios de impacto económico, ambiental y social, las entidades de control fiscal no solo deben apuntar a los servidores públicos que contrataron, sino también los consultores e interventores de los mismos, que elaboraron los mencionados estudios, ya que la Ley 1474 de 2011 precisamente le asigna responsabilidad fiscal específica a estos consultores que por encargo de un contrato estatal tienen la obligación de resultados de diseñar, planear, presupuestar la obra pública, productos que recibe la entidad pública conforme al principio constitucional de buena fe, previsto en el artículo 83 Superior¹⁷⁶.

3. El daño patrimonial en el contrato de obra pública y de concesión de infraestructura -llave en mano

El contrato de obra pública y el de concesión de obra pública puede negociarse bajo la modalidad de llave en mano, que consiste en ambos casos en que el contratista se presenta a la licitación con unos estudios técnicos precarios con un presupuesto de referencia, de tal manera que le suministre los insumos mínimos necesarios al oferente para que pueda presentar su oferta y celebrar el contrato.

Llave en mano implica que el contratista una vez celebra el contrato y firma el acta de inicio, debe proceder a realizar con fundamento en los insumos recibidos los

¹⁷⁶ ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de Rectoría, 1963-2003, Tomo I. El objeto ilícito, Carlos Darío Barrera Tapias. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

estudios y diseños definitivos, así como el presupuesto, teniendo limitaciones en cuanto debe diseñar la obra con sujeción al presupuesto del contrato. Una vez aprobado el presupuesto del contrato y los diseños por parte de la entidad pública y el interventor, debe procederse a la implantación o lo que es lo mismo a la ejecución del contrato.

Para determinar la conducta y la existencia de un daño patrimonial contractual y con ella la responsabilidad civil durante la ejecución del contrato debe realizarse teniendo en cuenta que si la concesión prevé la financiación con recursos privados en su totalidad, la revisión patrimonial debe realizarse sobre los recursos invertidos y los recaudados teniendo en cuenta la remuneración del concesionario, esto es, que debe apuntar a todas aquellas actividades que dilaten la reversión del objeto y finalidad de la concesión, evitando adiciones a las concesiones en plazo injustificada que encarece el servicio público en detrimento del patrimonio público, pues se deterioran los ingresos públicos por el lucro cesante que le genera el no recibir la concesión el término inicialmente pactado¹⁷⁷.

La gestión patrimonial del contrato debe revisar, no solo de la inversión y del recaudo, sino también de la generación con la que se pacta la concesión, ya que no es lo mismo la reversión, la remuneración y el plazo en una concesión de primera generación, que en una concesión de cuarta generación en donde el plazo puede acelerarse de manera anticipada teniendo en cuenta los ingresos esperados y recaudados con anticipación al plazo inicialmente previsto.

¹⁷⁷ ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de Rectoría, 1963-2003. Tomo I. José Alejandro Bonivento Fernández. La caducidad en las relaciones contractuales privadas. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

CAPITULO SEGUNDO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL EN LOS CONTRATOS DE CONCESIONES VIALES E INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE

SUMARIO. 1. Tipologías del contrato de concesión de infraestructura de transporte según la estructuración jurídica, técnica y financiera de cada proyecto. 1.1.- Concesiones viales de primera generación- 1G. 1.2.- Concesiones viales de segunda generación-2G. 1.3.- Concesiones viales de tercera generación-3G. 1.4.- Concesiones viales de cuarta generación-4G. 2.- El daño patrimonial durante la etapa pre-contractual de concepción preparación y/o de formación del contrato estatal. 3.- El daño patrimonial durante la etapa contractual y/o de ejecución: construcción, rehabilitación, mantenimiento, operación y recaudo. 3.1.- El daño patrimonial durante la etapa de operación. 3.2.- El daño patrimonial durante la etapa de rehabilitación y mantenimiento. 4.- El daño patrimonial durante la etapa post-contractual en especial en la aplicación de la cláusula de reversión. 5.- La responsabilidad civil contractual y el daño patrimonial en los contratos de asociación público- privadas (APP) de iniciativa pública e iniciativa privada. 6.- La renegociación de las concesiones, adiciones en plazo y responsabilidad civil- contractual patrimonial

El numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹⁷⁸, establece que *“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*

¹⁷⁸ Numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

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”.

Según el marco jurídico de la Ley 80 de 1993, son muchas las variaciones de los servicios que pueden concesionarse por parte del Estado y a favor de los particulares cuyo fin es obtener la participación del capital privado para el cumplimiento de los fines del estado. *“Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicomprendensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato”.*

La intervención del capital privado en proyectos que por naturaleza son de índole pública y que corresponde al estado asumir la inversión es los mismos, se sustenta a partir de la necesidad de los Estado de contar con la infraestructura necesaria que le perdiera general altos niveles de competitividad en los sectores productivos a través de la formulación de planes de obra y en especial los que tienen por objeto la infraestructura vial del país haciendo una administración más eficiente. Esta necesidad estaba dada en los mismos proyectos; es decir, estos proyectos de infraestructura denotan gran complejidad técnica como presupuestal y en esta última es donde se encuentra mayor dificultad la administración, pues estos proyectos generalmente sobrepasan las partidas presupuestales de la administración central y

local, para la generación de infraestructura¹⁷⁹.

La importancia de los proyectos de concesión de infraestructura de transporte, esta directamente relacionada con el impacto fiscal que se recibe el Estado en general con la impulsión de dichos proyectos. De esta manera, encontramos que al vincularse capital privado en las políticas públicas, permite *“liberar recursos de inversión requeridos para otros sectores prioritarios”*, igualmente coadyuva al mejoramiento de la gestión contractual de las entidades involucradas en los proyectos de concesión en los términos de la Constitución Nacional, haciendo necesario un mayor compromiso de los órganos de control de la administración haciendo de este un control eficiente que realmente contribuyente al cumplimiento de los fines del Estado. En este sentido, las contralorías mediante el proceso auditor deben abogar por el cumplimiento de lo establecido primeramente por los planes de desarrollo y su concordancia con la política fiscal.

De esta manera es posible desarrollar el proyecto sin agravar el peso de la deuda o del presupuesto nacional. Los recursos públicos quedan disponibles para la educación o la salud. La imagen del país, incluso su rating, se ven reforzado, permitiéndole tener un acceso menos costoso a los mercados de capitales y por ende atraer con mayor facilidad la inversión extranjera¹⁸⁰.

¹⁷⁹ ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de Rectoría, 1963-2003. Tomo I. La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual. Alberto F. Buenos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

¹⁸⁰ Decreto 1082 del 26 de Mayo de 2015; por el cual se expide el Estatuto Único reglamentario del Derecho Administrativo de los sectores regulados y de contratación Pública. Título 2, Asociaciones Públicas Privadas, APP, Capítulo 1, Reglamentación de la Ley 1508 de 2012, “ reglamenta la estructuración y ejecución de los proyectos de Asociación Público Privados tanto de iniciativa pública como privada, disponibilidad, niveles de servicio, y estándares de calidad, , aportes públicos, de los riesgos en los proyectos APP, implementación de APP en el sector de agua potable y saneamiento básico, tramos de túneles, asunción de obligaciones con cargo a apropiaciones de vigencias futuras del presupuesto general de la Nación y presupuestos de otras entidades de orden nacional, para la ejecución de los proyectos bajo el esquema de asociaciones público privadas.

1. Tipologías del contrato de concesión de infraestructura del transporte según la estructuración jurídica, técnica y financiera de cada proyecto

Vemos el desarrollo que ha tenido en nuestro medio la formulación, implementación y evaluación de los proyectos concesionales viales, teniendo en cuenta las experiencias nacionales y territoriales, toda vez que En Colombia desde 1992, se inició un proceso de apertura a las licitaciones con el fin de entregar por el sistema de concesión algunos proyectos de la infraestructura vial del país, a los cuales contribuyó de manera definitiva la expedición de la Ley 105 de 1993, mediante la cual se dictaron disposiciones básicas en materia de transporte, se redistribuyeron competencias entre la nación y las entidades territoriales y se expidieron normas especiales sobre concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial del país. A raíz de ello se consideró oportuno ejecutar los proyectos de construcción y operación del sistema vial, bajo el sistema de concesión.

El concepto sobre lo que constituye infraestructura de transporte se encuentra determinado en el artículo 12 de la Ley 105 de 1993 “por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”, señalando que se entiende por infraestructura del transporte a cargo de la Nación, aquella de su propiedad que cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del país, y de éste con los demás países (...) ¹⁸¹.

¹⁸¹ Sección Tercera del Consejo de Estado, 18 de marzo de 2010, Expediente: 14390, Actor: COINVERPROL LTDA. Vrs. Junta Administradora Seccional de Deportes Bogotá D.C. “Lo expuesto conduce a señalar que la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo negocial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio decidan otorgar las partes, sino que dicha naturaleza o modalidad derivan, fundamentalmente, de la función económico-social que el acto jurídico esté llamado a cumplir o, en otros

Estos contratos se constituyen a partir de la asociación del Estado con los particulares estableciendo una relación contractual conformándose un partenariado público-privado. El partenariado público-privado es la expresión que se utiliza para indicar la relación contractual entre la administración y los particulares¹⁸².

términos, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate; de ahí que el contrato, como forma específica de negocio jurídico, se califique como la más cotidiana y usual forma de disposición de intereses en procura de una función práctica, económica o social y que en consideración a la función o funciones que les corresponda desplegar, el ordenamiento jurídico instituya categorías o tipos de contratos dentro de un esquema fáctico concreto, definitorio de su naturaleza, clase o especie, algunas de ellas reguladas expresamente por el legislador, otras por la sociedad -de suerte que surgen incluso de los usos y de las prácticas sociales- y Artículo 1501 del Código Civil. COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

¹⁸² Sección Tercera del Consejo de Estado, 18 de marzo de 2010, Expediente: 14390, Actor: COINVERPROL LTDA. Vrs. Junta Administradora Seccional de Deportes Bogotá D.C. Así pues, en orden a establecer si la tipología del Contrato celebrado por la Casa Campesina de Pereira y el señor Alfonso Ríos en realidad corresponde al de arrendamiento, o si por el contrario sus elementos esenciales derivan en un contrato distinto, debe partir la Sala por referirse a las normas que lo regulan, cuestión que impone señalar que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 consagró la incorporación de las normas comerciales y civiles en materia de contratación estatal en relación con los aspectos de los cuales dicho Estatuto no reguló, tal como ocurrió con el tipo contractual del arrendamiento. El Código Civil, en su artículo 1973, se encargó de regular el tipo del arrendamiento y al efecto determinó que se trata de un negocio jurídico en el 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.” Seguidamente el artículo 1974 del mismo Estatuto consagró que las cosas objeto de arrendamiento podían ser corporales e incorpóreas. En pasada oportunidad esta Sala se ocupó de profundizar con especial detalle acerca de los elementos y características del tipo jurídico de arrendamiento, providencia que en esta oportunidad se cita in extenso por resultar de especial relevancia para el análisis del caso concreto: “Como se aprecia, el tratamiento que el ordenamiento civil dispensa a este tipo contractual se caracteriza por conferirle unos alcances similares a los que le eran propios en el derecho romano, en el cual fue entendido como toda locatio conductio, tanto referida a cosas (locatio conductio rei) como a servicios (locatio conductio operarum) o a obras (locatio conductio operis); empero, en el tráfico jurídico contemporáneo la voz arrendamiento se circunscribe solamente a las cosas, pues el régimen jurídico de los demás servicios se ha independizado - caso de los que emanan de la fuerza humana, los cuales han abandonado la regulación civilista para ser normados por disposiciones especiales y de orden público o de los demás servicios que también han pasado a ser desarrollados por disposiciones autónomas, como ocurre con los contratos de obra o de transporte- , por manera que la noción actual de arrendamiento sólo comprende el acuerdo por cuya virtud las dos partes se obligan recíprocamente, una de ellas a conceder el goce de una cosa y la otra a pagar por dicho goce un precio determinado, quedando claro que son susceptibles de arrendamiento todas las cosas, corporales o incorpóreas, que puedan usarse sin consumirse, excepto aquellas que la ley

En el anterior orden de ideas, cualquier contrato entre una entidad pública y una empresa privada cada una de las partes busca sacar beneficios de la relación. La autoridad pública trata de maximizar la rentabilidad socio-económica de las inversiones públicas (es decir que la sociedad obtenga los beneficios máximos del proyecto, en relación con su costo). El operador privado por su parte, trata de maximizar sus utilidades (es decir la rentabilidad de los capitales invertidos)". Así mismo, "el partenariado público-privado se basa en la búsqueda del mejor socio de largo tiempo para que aporte todo su *know how* y su capacidad de gestión con el fin de hacer funcionar un servicio o un equipamiento público. Este contrato se distingue de los contratos públicos de compra o de servicios porque: el concesionario toma a su cargo total o parcialmente la inversión; hay transferencia del concedente al concesionario de las obligaciones del servicio público; el contrato es de carácter único y se establece un vínculo entre la remuneración del concesionario y el resultado de su operación.

En Colombia mediante el artículo 30 de la ya mencionada Ley 105 de 1993, se estableció que *"La Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a*

prohíbe arrendar -artículo 1974 C.C-. "De acuerdo con tal definición, puede afirmarse que son características del contrato de arrendamiento su bilateralidad, comoquiera que se celebra entre dos sujetos de derecho entre los cuales surgen obligaciones recíprocas que se sirven mutuamente de fundamento: las del arrendador consisten en entregar al arrendatario la cosa arrendada y en procurarle al arrendatario el uso y goce de la misma, mientras que las de éste consisten básicamente en conservar la cosa en el estado en el cual la recibió, pagar los cánones pactados y restituir el objeto material del contrato al término del mismo; su onerosidad, dado que el precio es uno de sus elementos esenciales y en cuya ausencia el contrato se torna en comodato; su conmutatividad, toda vez que las prestaciones a cargo de cada una de las partes se toma como equivalente de las asumidas por la otra y, finalmente, su carácter de tracto sucesivo, en la medida en que las obligaciones surgidas del contrato no pueden cumplirse instantáneamente sino que conllevan cierta duración en el tiempo. "El análisis de su regulación legal, como lo ha sostenido esta Sala, permite inferir que son elementos esenciales de esta modalidad contractual, los siguientes: (i) el otorgamiento del goce o uso de un bien; (ii) el precio que se paga por el uso o goce del bien y (iii) el consentimiento de las partes. "(...).

particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial”.

Así mismo, dejó establecido que “para la recuperación de la inversión, la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes” y “los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión”.

En Colombia, las concesiones viales se han distinguido, de acuerdo con la fecha de su otorgamiento, las vías nacionales objeto de las mismas y la estipulación de algunas cláusulas producto de la experiencia estatal en este tipo de contratos, en primera, segunda o tercera generación” y una nueva como concesiones de cuarta generación y que a continuación expones las características de cada una de ellas.

Las concesiones en Colombia ha sido clasificadas en cuatro grupos, donde luego de las evaluaciones realizadas por el INVIAS, la Contraloría General de la República, El Departamento Nacional de Planeación y el CONPES, se convino en denominarles a cada grupo concesiones de primera, segunda, tercera y cuarta generación, según el periodo en que se implementó, sus características y las condiciones del negocio jurídico estructurado¹⁸³.

¹⁸³ Sección Tercera del Consejo de Estado, 18 de marzo de 2010, Expediente: 14390, Actor: COINVERPROL LTDA. Vrs. Junta Administradora Seccional de Deportes Bogotá D.C. “De la amplia regulación legal que el ordenamiento jurídico colombiano realiza de este tipo contractual, interesa referirse, a los efectos del asunto sub examine, a las tres principales obligaciones que del arrendamiento se derivan para el arrendador: (i) la de entrega material de la cosa, la cual traslada la tenencia o posesión en nombre ajeno del bien arrendado; (ii) la de mantenimiento de la cosa en

1.1 Concesiones viales de primera generación- 1G

Antes que indicar las características de cada una de ellas, es pertinente aclarar que la definición, objeto y alcance de cada una de las cuatro generaciones de concesión es el mismo; en consecuencia, es común que mediante el contrato estatal de concesión, como bien lo establece el Consejo de Estado, *“se otorga a un concesionario la construcción, operación, explotación, conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público 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”*.

Los proyectos concesionales de la llamada primera generación nacieron en Colombia a partir del año 1994, principalmente con el objetivo de mejorar la infraestructura vial y en ese sentido se centraban en la rehabilitación y el mantenimiento de pequeñas vías de manera aislada que no hacían parte integrante de la red vial nacional, *“normalmente pequeñas variantes a ciudades”*; tal como está señalado en el documento Conpes 3045 de 1998, las concesiones de primera generación *“se enfocaron primordialmente hacia labores de rehabilitación y ampliación de calzadas, con excepción de la vía Bogotá-Villavicencio que consideraba obras de gran envergadura, y contemplaron carreteras aisladas que no tenían continuidad dentro de la red vial”*.

estado de servicio, es decir, en el mismo estado en el cual la entregó, durante la totalidad del plazo contractual, obligación de la cual se deriva para el arrendador la necesidad de efectuar “todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden al arrendatario” - artículo 1985 C.C-. Y, finalmente, (iii) la obligación de evitar, impedir o hacer cesar turbaciones al derecho de disfrute de la cosa por parte del arrendatario, corolario de la circunstancia consistente en que el arrendador es propietario o tiene algún derecho sobre la cosa que lo autoriza para arrendarla y para garantizar que el arrendatario no será perturbado en dicho goce; ésta es una garantía que trasluce la regla, de alcance más general, en virtud de la cual la cosa entregada debe servir para el destino natural que se pretende satisfacer, lo cual comprende tanto que la cosa no tenga vicios que la hagan inepta para el fin del contrato, como que el arrendatario no será perturbado en su goce por hechos del arrendador o de terceros.”

Así mismo, dicho documento establece que estos proyectos contaban con garantías ofrecidas por la nación tanto de ingreso mínimo como de sobre costos de construcción, debido a que el momento en que salieron las licitaciones no se tenía la totalidad de los estudios de ingeniería que demandaban que permitieran que el inversionista asumiera los riesgos. Adicionalmente, estas garantías no contaban un mecanismo que asegurara su liquidez, lo que ha ocasionado demoras en los desembolsos mientras se surten los trámites presupuestales.

Finalmente, la estructura contractual de los proyectos de primera generación no contempló algunos aspectos que eventualmente se presentaron, tales como sobre costos en compra de predios, problemas con las comunidades y problemas para realizar cobros de valorización.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado expresó: *“lo cierto es que en esta etapa la administración estableció garantías de ingreso mínimo para atraer a los inversionistas. Sin embargo la experiencia en este tipo de contratación permitió constatar demoras en el desembolso de las garantías causadas, demoras en la aprobación de las licencias ambientales, cambios en los diseños inicialmente establecidos que originaron inversiones no previstas y mayores cantidades de obra, las cuales se imputaron a cargo de la Nación; cambios en el inventario predial como consecuencia de la variación en los diseños originales y retrasos en la adquisición y entrega de predios; problemas de concertación con las comunidades que provocaron el establecimiento de tarifas diferenciales y por consiguiente un impacto en el nivel de recaudo del concesionario que fue cubierto por la administración. En este tipo de concesiones la interventoría resultó muy limitada debido a la autonomía de la concesión y los proyectos en general tuvieron una distribución de riesgo considerada onerosa para el Estado, en especial lo relacionado con la garantía de tráfico que debió atender la Nación por efecto de las disminuciones en el que se había proyectado, las cuales resultaron muy cuantiosas”.*

Las concesiones de primera generación marcó un hito histórico para el desarrollo vial del país, ya que se logró la participación del sector privado de la construcción de infraestructuras del transporte y de la banca de inversión nacional y extranjera, y con ello se logró la aplicación de machismo de tecnologías de innovación en el sector transporte, generando con ello mayor competitividad y mejoramiento de calidad¹⁸⁴.

A esta primera generación de concesiones corresponden once proyectos nacionales y dos departamentales cuyo objeto principal era la realización de obras materiales de rehabilitación, ampliación y mantenimiento de vías a excepción de la Concesión Vial Bogotá Villavicencio. Con las concesiones de primera generación se construyeron 135 km de vías, se rehabilitaron 1008 Km, y se le realizó mantenimiento de 1332.3 Km entre 1994 a 1998, cuyo marco de referencia es el Documento CONPES 3045.

Estas concesiones de primera generación se negociaron garantía mínima de ingresos, el INVIAS garantizaba un tráfico mínimo por cada tramo concesionado, el plazo era fijo y la reversión se establecía en una fecha determinada para la entrega del corredor vial que sólo podía ser modificada mediante el restablecimiento del equilibrio económico del contrato¹⁸⁵.

¹⁸⁴ CONSEJO DE ESTADO

– SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014) RADICACIÓN: EXPEDIENTE: ACTOR: DEMANDADO: REFERENCIA: 660012331000200200861 01
– APELACIÓN SENTENCIA.

SALA DE LO

33608 ALF

¹⁸⁵ Sección Tercera del Consejo de Estado, 18 de marzo de 2010, Expediente: 14390, Actor: COINVERPROL LTDA. Vrs. Junta Administradora Seccional de Deportes Bogotá D.C. Esta Corporación en sendas ocasiones ha sostenido que con independencia del rótulo o denominación que se le imprima a un determinado negocio jurídico, tal circunstancia no resulta determinante de la tipología a la que obedece, pues para tal fin indefectiblemente deben consultarse los elementos de su esencia, o en otra palabras, la función económico-social que del negocio emana, sin cuya concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o derivaría en un contrato distinto: “Lo expuesto conduce a señalar que la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo negocial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio

Los proyectos viales concesionados de primera genera generación fueron los siguientes:

- Cartagena Barranquilla, vial al mar.
- Concesión Girardot- Espinal-Neiva.
- Desarrollo Vial del Norte de Bogotá-Fontibón- Facatativá-Los Alpes.
- Concesión Santa Marta -Paraguachón.
- Los Patios, la Calera, Guasca, El Salitre, Sopó, Briceño.
- Bogotá- Cáqueza
- Bogotá, Puente el Cortijo, Siberia, La Punta-El Vino
- Operación malla vial del Meta.
- Operación Desarrollo del Oriente de Medellín y Valle de Rionegro.
- Operación Armenia, Pereira y Manizales- Autopistas del Café

1.2 Concesiones viales de segunda generación-2G

Sobre las características fundamentales de la segunda generación de concesiones, el Consejo de Estado ha expresado:

“La segunda generación de concesiones de carreteras se concibió desde

decidan otorgar las partes, sino que dicha naturaleza o modalidad derivan, fundamentalmente, de la función económico-social que el acto jurídico esté llamado a cumplir o, en otros términos, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate; de ahí que el contrato, como forma específica de negocio jurídico, se califique como la más cotidiana y usual forma de disposición de intereses en procura de una función práctica, económica o social y que en consideración a la función o funciones que les corresponda desplegar, el ordenamiento jurídico instituya categorías o tipos de contratos dentro de un esquema fáctico concreto, definitorio de su naturaleza, clase o especie, algunas de ellas reguladas expresamente por el legislador, otras por la sociedad -de suerte que surgen incluso de los usos y de las prácticas sociales- y otras por el tráfico jurídico mismo, diferenciándose así los contratos típicos y nominados de los atípicos y los innominados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

1997 como continuación de un programa de mejoramiento vial que en principio estaba dando buenos resultados, el cual buscó solucionar los problemas descritos, corrigiendo las equivocaciones que se identificaron en las concesiones de primera generación y desde luego con la idea de disminuir los aportes de la Nación, mediante una redistribución de los riesgos y una mayor exigencia en los niveles de detalle de los estudios y diseños requeridos para adelantar los proyectos de concesión, puesto que al concesionario se le asignó la responsabilidad total por los diseños complementarios dentro de un esquema de distribución de riesgos más clara y sustentada. En esta generación el INVIAS debía entregar el 90 % de los predios y la licencia ambiental al concesionario previamente a la construcción. Se cambió el esquema de plazo fijo de la concesión, por un plazo variable donde lo que interesaba era un valor de ingreso acumulado para la Nación. En efecto, en este sistema se introdujo el concepto de ingreso esperado que es la estimación que hace el concesionario de los ingresos que le puede generar la concesión durante la ejecución del proyecto, con base en los estudios de demanda de tráfico disponibles. Una vez que los ingresos generados son iguales al ingreso esperado por el concesionario se termina el plazo de concesión y la infraestructura se revierte al Estado. Si el nivel de tráfico es más bajo que el esperado, el concesionario tardará más tiempo en recibir el ingreso esperado. El concesionario asume el riesgo comercial del proyecto debido a que el retorno de su inversión es variable y depende del tiempo que tarde en recibir su "ingreso esperado"¹⁸⁶.

El riesgo constructivo y el riesgo comercial fueron trasladados casi en su

¹⁸⁶ Artículo 1501 del Código Civil. COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

integridad al concesionario, y el plazo quedó sujeto al momento en que el concesionario obtuviera el nivel de ingreso esperado en el proceso de licitación en reemplazo del plazo fijo. Igualmente se modificó el mecanismo de adjudicación puesto que se puso a competir los aportes de la Nación y las garantías de construcción, tráfico y riesgo cambiario.

En la estructuración de los proyectos se contó con la participación de las bancas de inversión que a su vez colaboraron en la promoción de los mismos”.

En esta etapa como en todos los proyectos concesionales, el control fiscal se ejerce con aplicación de todos los sistemas de control fiscal, de tal manera que se incluya el ejercicio de un *“control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”*.

Es importante resaltar que el concepto de ingreso esperado en estos contratos, no puede ser óbice para que las concesiones se tornen indefinidas en el tiempo, so pretexto de que el contratista tiene derechos contractualmente a la recuperación de la inversión. Para evitar tal circunstancia, es necesario que los estudios de tráfico se realicen en debida forma, de tal manera que en la estructuración del negocio no se establezcan condiciones de tráfico sobredimensionadas lo cual generará mayores riesgos para el Estado; pues el plazo aún cuando se haya pactado variable, su modificación debe obedecer a factores que en realidad afecten la planeación financiera del proyecto¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Sección Tercera del Consejo de Estado, 18 de marzo de 2010, Expediente: 14390, Actor: COINVERPROL LTDA. Vrs. Junta Administradora Seccional de Deportes Bogotá D.C. Así pues, en orden a establecer si la tipología del Contrato celebrado por la Casa Campesina de Pereira y el señor Alfonso Ríos en realidad corresponde al de arrendamiento, o si por el contrario sus elementos esenciales derivan en un contrato distinto, debe partir la Sala por referirse a las normas que lo regulan, cuestión que impone señalar que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 consagró la incorporación de las normas comerciales y civiles en materia de contratación estatal en relación con los aspectos de los cuales dicho Estatuto no reguló, tal como ocurrió con el tipo contractual del arrendamiento. El Código Civil, en su artículo 1973, se encargó de regular el tipo del arrendamiento y al efecto determinó que se trata de un

Es decir, si lo que sucede en realidad no es una disminución del tráfico, sino que se demuestra es un indebido cálculo del tráfico promedio, ese riesgo no puede ser asumido por la administración concedente sino por el concesionario, de lo contrario por resultar un posible detrimento patrimonial, pues la infraestructura que debe ser revertida al Estado en el plazo estipulado en el contrato, habiendo terminado jurídicamente la relación contractual quedando solo pendiente la liquidación del contrato respectivo.

Por otro lado, estos proyectos, que fueron concebidos bajo criterios de ingeniería y financieros, realizan toda la inversión requerida para el periodo de concesión durante los primeros tres años, lo cual genera presiones fiscales y obliga a altos niveles de endeudamiento, con el consiguiente impacto en las tarifas. Por esto se hace necesario enmarcar el desarrollo de nuevos proyectos dentro del entorno económico actual, optimizando las obras de acuerdo a las condiciones de tráfico reales y realizando las inversiones en los lugares y en los tiempos que los niveles de tráfico requieran.

Así mismo, la revisión de la estructura patrimonial puede hacerse sobre puntos específicos como pueden ser a los estudios de tráfico, como ya la habíamos señalado, a la gestión predial del proyecto y a los plazos contractuales para la misma, las licencias ambientales y sobre el contrato en general en sus etapas de formación mediante la estructuración del negocio jurídico en general, a los sistemas adoptados de asignación de los riesgos en el proyecto de conformidad con la normatividad aplicable y las políticas públicas adoptadas por la administración sobre el manejo de riesgos.

negocio jurídico en el 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.” Seguidamente el artículo 1974 del mismo Estatuto consagró que las cosas objeto de arrendamiento podían ser corporales e incorporales.

Otro aspecto de gran importancia para la economía del contrato, es el manejo presupuestal que se le otorgue al proyecto, teniendo en cuenta que por ser contratos a ejecutarse en varias vigencias fiscales, es necesario que las concesiones cuenten con las vigencias futuras debidamente aprobadas por la autoridad competente de tal manera que se garantice mediante esta figura presupuestal los fondos suficientes que debe aportar el Estado para la debida ejecución del proyecto, como lo señala la Ley 1551 de 2012 para los Municipios en el sentido que los concejos municipales deben autorizar la asunción de compromisos contractuales con cargo a vigencias futuras.

De esta manera, se garantiza que no se pacten en estos contratos garantías de ingresos ilimitados, que el Estado asuma por completo la deuda del proyecto, pues desnaturaliza el contrato de concesión y que los plazos de concesión se aumente desmedidamente sin obedecer a una causa justa, pues que el plazo pueda ser variable no significa que pueda ampliarse de manera caprichosa por las partes.

La segunda generación de concesiones en Colombia estuvo orientadas a la construcción de segundas calzadas de acceso a las principales ciudades del país y la construcción de vías de alto tráfico, rehabilitación y mantenimiento de las existentes, teniendo como marco de referencia el documento CONPES No. 2775 de 1995.

La segunda generación de concesiones viales se estructuraron teniendo en cuenta los problemas que se presentaron en las concesiones de primera generación. Se introdujo el concepto de transferencias de riesgos al sector privado para lo cual se buscaron estudios de ingeniería definitivos, estudios de demanda de tráfico con mayores precisiones técnicas, la obtención de los predios y de las licencias ambientales por parte de concesionario, así como se contrataron bancas de inversión para la estructuración de proyectos viales. En esta etapa el CONPES introdujo el

concepto de plazo variable, de tal manera que la concesión revierte a la Nación el proyecto en el momento en que se obtenga el ingreso esperado solicitado por el Concesionario en la propuesta u oferta presentada en la licitación pública correspondiente.

A la segunda generación pertenece solo dos proyectos, el primero la Concesión El Vino, Tobía Grande-Puerto Salgar -San Alberto, contrato de concesión que le fue declarada la caducidad administrativa; y el segundo la concesión de la Malla Vial del Valle del Cauca.

1.3 Concesiones viales de tercera generación-3G

Es importante señalar, que en los contratos de concesión de tercera generación, la administración pública, se comprometía a entregar la totalidad de los estudios y diseños, lo que implica que en esas circunstancias el riesgo de predios es de la Entidad Pública concedente, debiendo asumir los costos que impliquen los ajustes de los diseños, complementaciones, adaptaciones, cambios por conveniencia del proyecto. Su documento Conpes corresponde al 3045 que establece el programa de concesiones viales de 1998 a 2000.

“En las concesiones de tercera generación los proyectos eran aún más ambiciosos. Se pretendía la construcción de obras que pusieran al país en posibilidad competir con los mercados internacionales”. “Los procesos de concesión de tercera generación, están dirigidos a la ejecución de grandes corredores viales que deben conectar los grandes centros productivos, que se encuentran en el centro del país con los puertos, de modo que dicho corredor integre los principales centros de consumo con los centros de producción y éstos a su vez con los puertos”.

Igualmente, en estas concesiones a diferencia de las dos anterior, en donde se establecía la garantía de ingreso mínimo, se optó por introducir el término de ingreso

esperado para el cálculo de la tasa interna de retorno, el cual se hace a partir de los estudios de demanda y no de estudios de tráfico *“para lo cual se deberá tener en cuenta el PIB, el ingreso, las condiciones socio económicas, exportaciones y producción petrolífera”*.

La anterior particularidad de los contratos de concesión de tercera generación, produce un punto de control teniendo en cuenta que los plazos de los contratos están determinados por la cláusula de ingreso esperado y en consecuencia, una vez es obtenido el ingreso esperado por el concesionario esta circunstancia se traduce en una causal de terminación del respectivo contrato; de tal manera que los ingresos adicionales que se obtengan serán considerados como dineros pertenecientes al erario público. En ese sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha establecido que:

“En Colombia, las concesiones viales se han distinguido, de acuerdo con la fecha de su otorgamiento, las vías nacionales objeto de las mismas y la estipulación de algunas cláusulas producto de la experiencia estatal en este tipo de contratos, en primera, segunda o tercera generación.

Esta clasificación no es de orden legal, sino que obedece a políticas gubernamentales para la planeación y el desarrollo de los principales proyectos viales del país.

En la consulta se indica que en los contratos de concesión de tercera generación, se pactan dos variables o condiciones jurídicas aplicables consecuentemente:

1) La primera establece que si el concesionario obtiene el ingreso esperado dentro del plazo estipulado, en ese momento se produce la terminación del contrato de concesión.

2) Y la segunda, que al vencimiento del plazo, el contrato se termina, independientemente de que el concesionario haya obtenido o no el ingreso esperado.

Estas variables son consecuenciales, lo que significa que si la primera se presenta, es decir, la obtención del ingreso esperado, el contrato se termina y no hay que esperar hasta el vencimiento del plazo; pero si la primera no ocurre, sí es necesario que se dé la segunda, es decir, el cumplimiento del plazo fijado, para que el contrato termine.

En otras palabras, el contrato finaliza cuando se alcance el ingreso esperado por el concesionario o cuando llegue el vencimiento del plazo, lo que ocurra primero.

El primer interrogante que plantea la consulta, consiste en determinar si una vez concluida la obra y obtenido el ingreso esperado por el concesionario antes del vencimiento del plazo, el contrato puede seguir en ejecución y si con los ingresos adicionales que reporte, se pueden realizar obras adicionales, formalizando una adición al valor, sin el límite del 50% del valor inicial, establecido por el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993.

En este evento se advierte claramente que cuando el concesionario alcanza el ingreso esperado, el contrato de concesión termina y se debe proceder a su liquidación, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 60 y 61 de la ley 80 y 36 de la ley 105, ambas de 1993.

No es viable jurídicamente continuar con la ejecución del contrato, sencillamente porque éste ha terminado. Se ha configurado una causal de terminación pactada en el contrato, cual es la obtención del ingreso esperado,

y por lo tanto, cesa la ejecución del mismo, quedando pendiente tan sólo el trámite de su liquidación.

El objeto del contrato y sus obligaciones se han cumplido, de ahí que continuar su ejecución sería ilegal, en la medida en que, de acuerdo con lo estipulado, la relación contractual jurídicamente ha concluido.

La obra contratada se ha realizado y por lo tanto, si se requiere hacer otras obras, habría que celebrar un contrato para el efecto, mediante los procedimientos establecidos, que contemple este nuevo objeto.

El concesionario ha recuperado su inversión, o como dice, el párrafo 3º del artículo 30 de la ley 105, ha obtenido el retorno del capital invertido y corresponde ahora al Estado recuperar también su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión, conforme lo establece la misma norma.

Por consiguiente, no hay ingresos adicionales a la concesión, ni se debe suscribir una adición al valor de ésta, pues ya ha concluido y los ingresos nuevos que se deriven de los peajes de la vía que era objeto de la concesión, deben corresponder normalmente al Estado.

Tales ingresos de peajes ya no están destinados al concesionario, pues éste obtuvo el ingreso esperado, sino que hacen parte del erario público y en su calidad de tasas, deben tener el tratamiento presupuestal de ingresos no tributarios, comprendidos dentro de los ingresos corrientes del presupuesto de rentas de la entidad (art. 27 decreto 111 de 1996)".

Los contratos de concesiones viales de tercera generación se celebraron con los siguientes criterios:

- Concepción de los proyectos bajo criterios de corredores de carga que se concretaban en centros productivos con los de consumo y los puertos.

-Concepción de los proyectos bajo criterios de operación, que busca la optimización de la operación, que se concreta en la maximización de beneficios como la reducción de accidentalidad, reducción de tiempos de viaje, reducción de consumo de energía y de costos ambientales. la obras se van realizando de manera gradual en la medida en que incremente el tráfico de vehículos lo que garantiza la liquidez del proyecto.

-Evaluación de las alternativas de proyecto bajo criterios económicos y ambientales de operación.

-Distribución de los aportes de la nación en el mediano y largo plazo. Con ello se busca la minimización de los aportes estatales dentro de la estructura financiera de la concesión con el fin de disminuir el impacto fiscal de los mismos.

-Incorporación de criterios económicos y de tráfico en la estructuración de los proyectos.

-Incorporación de criterios novedosos en la estructuración de los proyectos con el fin de lograr la financiabilidad de las concesiones y el fortalecimiento del mercado de capitales.

-Fortalecimiento de la gestión en negociación con las comunidades,

-Fortalecimiento de la gestión en valorización y compra de predios.

-Fortalecimiento del Seguimiento y Control.

1.4 Concesiones viales de cuarta generación- 4G

Los contratos de concesión de cuarta generación surgen con el Documento CONPES 3413-Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006-2014, implica la adopción contractual de una matriz especial de riesgos, en tanto los conceptos de tipificación, identificación de riesgos se asocian a la individualización y definición de cada uno de los riesgos durante la concepción y estructuración del proyecto concesional, los riesgos durante la fase precontractual, los riesgos durante la ejecución del contrato, esto es durante la elaboración y definición de diseños y estudios previos, autorizaciones administrativas, construcción, rehabilitación, mantenimiento y operación, y durante la fase postcontractual.

Todo para indicar que en la matriz de riesgos una vez considerados la tipificación e identificación, pasamos a la fase de distribución y asignación de riesgos, donde los principales riesgos tales como de estudios previos, autorizaciones administrativas, de diseños, de construcción, rehabilitación, mantenimiento, de operación, de financiación de retorno de la inversión los asume el concesionario.

Esto es, que se produce un desplazamiento de la asignación de los riesgos de la administración concedente al concesionario, de tal manera que el contratista incluso pacta la cláusula de ingresos esperados, en donde el plazo de la concesión está determinado no por un periodo fijo, sino por el comportamiento de la cláusula de remuneración y del retorno de la inversión, de tal manera que a medida que va recibiendo ingresos por encima de lo mínimo pactado debe acelerar la construcción y operación del proyecto, y la finalización del plazo está determinado por un periodo máximo y uno inferior, en donde el inferior está sometido a al alea de los ingresos esperados superiores al mínimo pactado.

Por último, es importante señalar que de conformidad con la Ley 1150 de 2007, la Administración puede adicionar hasta en un 60% del plazo inicial las concesiones, esto es, previo concepto favorable del CONPES, pero debe tenerse en cuenta que la norma solo señala esta posibilidad, y ninguna otra ley reglamentaria, como tampoco la jurisprudencia ha sido abundante sobre la materia, señala requisitos adicionales. Lo que genera una gran incertidumbre en la aplicación de la norma, en la medida que una vez perfeccionadas las adiciones, su examen está sometido no solo al control político de los concejos municipales y distritales, asambleas departamentales y el Congreso de la República, sino también al examen de las Contralorías respectivas, de la Procuraduría General de la Nación y de los fiscales y jueces penales, como también sujeto a los cambios de Gobiernos y administraciones, en donde éstos últimos consideran que todo lo pasado está mal.

Es allí, donde el país reclama la mayor seguridad jurídica en los procedimientos, requisitos previos, autorizaciones previas, pero también una reglamentación que fije el ámbito de competencias de los organismos de control, para evitar coadministraciones que ante los vacíos legales o falta de reglamentación, impiden la aplicación de la herramienta en los casos donde las necesidades públicas lo exigen, o para evitar interpretaciones posteriores de cada órganos de control los servidores públicos se acogen el principio fáctico de no actuar para evitar investigaciones en el escenario del derecho sancionatorio.

De allí, que el escenario de las renegociaciones de las concesiones como le llaman a las adiciones en plazo, hoy implica el mayor riesgo para el servidor público, por lo que se sugiere que mientras se expide una reglamentación clara, con requisitos enlistados, pero también que regule no solo los requisitos formales sino también los sustanciales, las justificaciones, el contenido de las mismas, lo prudente es que las Administraciones Públicas lo hagan con revisión y aprobación previa de todos los órganos de control, guardando la previsión que igualmente existe la incertidumbre jurídica que cuando hay cambios de los titulares de los órganos de control, el que

llega en ocasiones cambia de posición, y si el ordenamiento jurídico lo permite revoca las providencias de los anteriores, y en ambos escenarios los servidores públicos quedan en la mayor incertidumbre jurídica.

Los proyectos de concesiones viales de cuarta generación conocido como programas de autopistas son la Autopista de la montaña, la Vía al mar, la marginal del caribe y arterias de mi llanura, y ruta del solo que proyecta conectar Bogotá con Santa Marta en diez horas. El proyecto permite la conexión de los tramos Medellín-Bello-Cisneros-Puerto Berrío que se unirá a la Ruta del Sol y el trayecto Medellín-Primavera-Bolombolo-La Pintada; Vía Valle del Aburrá-Golfo de Urabá. El corredor conectará a Medellín-Santa Fe de Antioquia-Turbo-Necoclí; Vía que conectará a Sincelejo-Tolú-San Onofre-Cruz del Viso-Carmen de Bolívar. También se conectará a Barranquilla-Santa Marta-Cartagena-Riohacha-Paraguachón, proyectos que no contempla la construcción de doble calzada, sino solo la rehabilitación de mas de mil kilómetros de vías. Rehabilitación de la vía existente Puerto Salgar-Bosconia, Bosconia-Valledupar, Bosconia-Carmen de Bolívar, mejoramiento y duplicación de la calzada de Puerto Salgar y de Ciénaga, Bosconia Valledupar, Construcción de corredor nuevo Villeta el Korán; operación y mantenimiento Puerto Salgar y de Ciénaga; Carmen de Bolívar-Bosconia, Bosconia-Valledupar y Villeta el Korán¹⁸⁸.

2. El daño patrimonial durante la etapa pre-contractual de preparación, concepción o formación del contrato

¹⁸⁸ En otras oportunidades se ha expresado: “*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..., 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... tarifas...*”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995); Consejero Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza; Radicación número: 750. En similar dirección, puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2000, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros; Expediente: 12619.

Ya habíamos expresado con anterioridad que de conformidad con el artículo 65 de la Ley 80 de 1993, la intervención de las autoridades que ejercen el control fiscal, se surtirá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos, de tal manera que las contralorías en ejercicio de sus funciones, durante esta etapa se encuentran limitadas al ejercicio del control de advertencia o función de advertencia sobre los posibles riesgos para el Estado con el proceso de selección del contratista que puede resultar lesivo a los intereses patrimoniales del Estado o por que los procedimientos administrativos no se ajustan al principio de legalidad contractual en desmedro de la moralidad administrativa¹⁸⁹.

De esta manera, tenemos que el control fiscal a la etapa de precontractual o de concepción de los proyectos de infraestructura vial, tal como lo establece la norma en comento, debe incluir *“un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”*.

Dicho control en el contrato de concesión especificadamente en su primera fase, debe basarse en los criterios para la concepción del proyecto, de tal manera que estos estén encaminados en maximizar los beneficios del sistema de concesión logrando altos niveles de beneficios de sistema de infraestructura vial del país de conformidad con la demanda de tráfico generando para los usuarios menores costos en su utilización y para el Estado menores costos en su construcción; es decir que el beneficio del proyecto sea en mayor proporción frente a los costos del proyecto¹⁹⁰.

¹⁸⁹ ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de Rectoría, 1963-2003. Tomo I. Tendencias del derecho de las obligaciones. El concepto en el derecho público y el derecho privado. José María Carrillo Ballesteros. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

¹⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, sentencia de diecinueve (19) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), Radicación número: 10217, Actor: Alberto Antonio Mendoza Daza, Demandado: Beneficencia del Cesar Lotería “La Vallenata”. JÉZE, Gastón, Principios generales del Derecho Administrativo, Tomo IV (Teoría General de los contratos de la Administración), Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 347. VEDEL, Georges, Derecho administrativo, 8a edición, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 470.

Así mismo, debe evaluarse los estudios de impacto ambiental del proyecto concesional de tal manera, que los trazados definitivos para la construcción de nuevas obras de infraestructura estén en el punto de equilibrio donde se den los mínimos costos económicos, se garantice la mejor operación de la vía, reflejada en su máximo nivel de servicios, y el nivel de susceptibilidad ambiental sea el más bajo.

En cuanto estructura financiera del proyecto, el control que se realice sobre este punto es trascendental; pues de él dependerá la acogida del negocio en los posibles oferentes. Recuérdese, que las concesiones son por excelencia un negocio financiero en donde el sector privado juega el papel más importante ya que de su inversión dependerá el éxito del negocio.

En el mismo sentido, debe brindarse especial atención como punto de control a la conformación del negocio fiduciario mediante el cual el concesionario realizara la administración de los recursos del proyecto de tal manera que se garantice liquidez en la concesión para de esta manera asegurar la ejecución de las obras. Esta fiducia estará compuesta por los recursos provenientes del sector privado y aquellos que aporte el Estado de conformidad con lo previsto en el contrato. Las cláusulas financieras del contrato tendrán una importancia muy particular. Establecerán o permitirán determinar las tarifas y sus modalidades de revisión así como los flujos financieros entre la entidad pública y la empresa.

Durante la fase precontractual de concepción o formación del contrato, puede presentarse algunos comportamientos o conductas de quienes participan en la estructuración del proyecto, tal como el sistema de riesgos, los niveles de inversión la TIR del proyecto, la garantía mínima de ingresos etc que de celebrarse el contrato puede generar durante el horizonte de ejecución del proyecto la consolidación de un daño patrimonial con causa que tiene su origen en la fase precontractual. En este caso el deudor de la prestación es el estado concedente y el acreedor es el

concesionario que en virtud del principio de legítima confianza presentó su oferta, le adjudicaron el contrato, lo celebró y lo está ejecutando, lo que indica que esas circunstancias desconocidas generan lo que nosotros la aplicación de rebus *sibus stantibus*, porque los contratos se cumplen mientras las condiciones en las que se celebraron se mantengan, es decir, mientras no ocurra un *ius variandis*.

3. El daño patrimonial durante la etapa contractual y/o de ejecución del contrato: construcción, rehabilitación, mantenimiento, operación y recaudo

Las obligaciones pactadas en el contrato de concesión a cargo del concesionario, presuponen una obligación de resultado, y en tal sentido se debe alcanzar el objetivo propuesto consistente en la construcción de la infraestructura. Durante la etapa contractual entonces, la parte privada debe lograr la construcción de las obras requeridas en virtud del objeto del contrato.

Durante esta fase, deben surtirse una serie de etapas para lograr el objeto del contrato y el adecuado funcionamiento del negocio financiero, que a la vez se convierten en puntos de control.

Entonces durante esta fase, encontramos una etapa de pre-construcción concebida como aquella mediante la cual el contratista e interventor se apropia de los diseños de la obra y durante un periodo acordado entre el concedente y el concesionario se deben cumplir con unas obligaciones antes del inicio de las obras¹⁹¹.

¹⁹¹ RUFÍAN LIZANA, Dolores, Manual de concesiones de obras públicas, cit., p. 16. Ídem. La doctrina ha explicado los elementos diferenciales entre el contrato de concesión de obra, de concesión de servicios públicos y el de obra pública, en los siguientes términos: “En el contrato de obra pública el contratista simplemente ejecuta la obra y recibe el precio, con lo cual queda terminado el vínculo contractual. En la concesión de obra pública, el concesionario construye la obra y luego, durante un tiempo, tiene a su cargo la percepción de los derechos por su utilización. Finalmente, en la concesión de servicio público el concesionario tiene que organizar el servicio y hacerlo funcionar y cuando se requiere la construcción de una obra, ésta constituye solamente un aspecto secundario, aunque importante, de la concesión del servicio, y por lo tanto queda englobado en esta”. Cfr. SAYAGÜÉS

Es así, como el concesionario durante este periodo debe hacer una revisión y proponer los ajustes técnicos necesarios para el diseño de las obras. Sobre este punto es común que los entes de control fiscal, en una concepción errada, establezcan que aquellas modificaciones introducidas en los diseños originales en las obras afectan el principio de planeación contractual y evidencian improvisación en la ejecución del proyecto¹⁹².

Por el contrario, estas modificaciones, sólo constituyen unos cambios muy precisos de construcción y en los parámetros de los diseños que en nada interfiere con la debida ejecución del proyecto. Pero también debe observar, que el concesionario adquiere para con la entidad pública una obligación de resultado y en virtud de tal obligaciones le asiste el deber de proponer las modificaciones que sean necesarias para lograr el cumplimiento del objeto del contrato escogiendo el concesionario que el responsable de la ejecución de la obra el método que más efectivo resulta para tal fin, método que debe contar con la aprobación de la interventoría del contrato.

Igualmente, los entes de control durante esta fase les corresponde ejercer el control

LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1974, pág. 121. El mismo autor —op. cit., p. 16.— explica las diferencias entre la concesión de uso de bienes públicos y la de servicios públicos, en los siguientes términos: “La concesión de uso de bienes públicos es la que tiene por objeto permitir la utilización especial y más o menos exclusiva de dichos bienes. Se diferencia de la concesión de servicio público en su objeto. El punto es claro. Pero ambas están muy vinculadas, porque la mayor parte de las concesiones de servicio público requieren la utilización especial de bienes de dominio público y por ello envuelven también una concesión de esta clase.” Para Rufián Lizana, por su parte, “la concesión de obras públicas es una suerte de combinación entre el contrato de obra y la concesión de servicios, por el cual el privado se compromete a financiar y a realizar una obra nueva, a conservarla o repararla y a explotarla y la remuneración proviene del producto de la explotación de la obra. No obstante, en alguna medida puede ser también una concesión de uso público puesto que el privado puede recibir instalaciones existentes, por las que puede realizar un pago a la Administración, y financia y realiza su renovación y las utiliza para proporcionar un servicio, siendo remunerado por la venta de ese servicio”. Cfr. RUFÍAN LIZANA, Dolores, Manual de concesiones de obras públicas, cit., pp. 17-18.

¹⁹² ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de Rectoría, 1963-2003, Tomo II. El fraccionamiento del Patrimonio. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

fiscal ambiental, haciendo revisión de las licencias ambientales y del plan de manejo ambiental, de tal manera, que si los hechos son constitutivos de delitos el funcionario público deberá colocarlos en conocimiento de la autoridad competente acompañado de los documentos necesarios, sin perjuicio de las acciones, contractuales y civiles ante las autoridades de policía ambiental competentes.

Durante la etapa contractual, tenemos también como punto de revisión dentro de la estructura patrimonial del contrato, el manejo sobre la gestión predial del proyecto, que de conformidad con las estipulación del contrato y la estructuración del negocio, la gestión predial puede estar totalmente a cargo de la entidad contratante o puede delegarse al concesionario el proceso de gestión predial en la etapa de enajenación voluntaria e indemnización haciendo un control al monto de los avalúos e indemnizaciones el cual se tratará en un capítulo aparte. Otra actividad a realizar durante esta fase, corresponde a la creación de la fiducia para que administre los recursos del proyecto y estructure los pagos por parte del concesionario¹⁹³.

Una vez surtida la verificación sobre las anteriores etapas, el gestor del contrato debe entrar a enfocarse sobre la realización y ejecución de las obras y demás actividades de las obras en particular y del funcionamiento de la operación si así lo prevé el contrato. Y sobre este aspecto hay que indicar que las autoridades de control a demás del control de legalidad sobre las actuaciones contractuales, también se deben verificar el cumplimiento de las estipulaciones de la concesión.

Es así, como se debe hacer una verificación por parte de la entidad, la interventoría de las tecnologías utilizadas para la realización de la obra, de la maquinaria y equipos utilizados, riesgo que debió asumir el concesionario y obligación que debe cumplir

¹⁹³ Ob cit. ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. Libro Homenaje a Fernando Hincapié. 40 años de Rectoría, 1963-2003, Tomo II.. La obligación de lealtad durante el periodo precontractual, con énfasis en el contratos de seguros y de transporte. Javier Tamayo Jaramillo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

de conformidad con el contrato. La tecnología que se utilice en el proyecto debe ser aquella prevista en los pliegos de condiciones y a la que el concesionario se comprometió a utilizar y que permitirá el desarrollo de la obra en los términos del contrato; pero sin dejar de lado que durante el desarrollo de la obra el interventor, supervisor y ente contratante debe velar por el cumplimiento de las licencias ambientales y el plan de manejo ambiental¹⁹⁴.

3.1. El daño patrimonial durante la etapa de operación

Los proyectos de concesionales viales, se diseñan para que una vez se inicie la ejecución del mismo se instalen los peajes para el cobro de la remuneración anticipada del contratista, que ingresan como flujos financieros positivos de los haberes de la concesión, pero además la fase de pre construcción, construcción, rehabilitación y mantenimiento se hacen de manera simultánea, esto es, que al tiempo que se avanza en construcción se va poniendo al servicio de los usuarios la vía, se va haciendo el mantenimiento y la rehabilitación respectiva. *“Uno de los rasgos característicos del contrato de concesión es el derecho de explotación que se le otorga al contratista privado, una vez este termine la obra, como contra partida de la construcción de la misma”. “Como lo ha anotado la doctrina que existe sobre la materia, la eficacia jurídica del plazo pactado de duración del contrato permite la amortización de la inversión, por cuanto como es de la naturaleza del contrato, todo concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, y como quiera que ha destinado un conjunto de bienes y elementos para llevar a cabo el objeto del contrato, tiene que*

¹⁹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998); Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 10217. Nota original de la sentencia citada: En el mismo sentido, Roberto Dromi, Derecho Administrativo. Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996. 5a. ed. pp.410-417 y Corte Constitucional, Sentencia C-350 del 29 de julio de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997); Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 9118.

amortizar el capital durante el término de la concesión o incluso antes, según ocurra la reversión o la transferencia”.

La etapa de operación, es aquella mediante la cual el concesionario va a obtener la recuperación de la inversión de la obra, para lo cual debe observarse lo establecido por el inciso 2º del artículo 30 de la Ley 105 de 1993; es decir, se va hacer mediante el establecimiento de peajes y/o valorización, y “la fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.

La fase de operación del contrato de concesión es un punto importante de control fiscal, pues durante ella y el plazo restante de la concesión, el concesionario va a percibir el ingreso presupuestado para sufragar los gastos de construcción, operación, administración, de mantenimiento de la obra y la tasa interna de retorno de conformidad con los cálculos del ingreso esperado¹⁹⁵.

De esta manera, el ingreso esperado lo obtendrá de conformidad con el cobro de la contribución de valorización exclusivamente, o del establecimiento de peajes exclusivamente o de ambas. Al respecto el Consejo de Estado, sobre las formas de recuperación de la inversión precisó que “Al existir ese inevitable vínculo entre el contrato de concesión de una obra, vial y la financiación de la misma, y por ende, a remuneración del concesionario, con recursos provenientes de la contribución de valorización, o lo que es lo mismo, al fijarse como fórmula para la recuperación de la inversión del concesionario el pago de valorizaciones, necesariamente, y por mandato legal, deberá dicha fórmula quedar establecida en el contrato de concesión, lo cual es consecuencia de ese inevitable vínculo a que se ha hecho mención.

¹⁹⁵ Op. Cit. ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. Libro Homenaje a Fernando Hiestrosa. 40 años de Rectoría, 1963-2003, Tomo II. El concepto de buena fe en los contratos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

De todo lo anterior se concluye que si no se previó en el contrato de concesión como fórmula de recuperación de la inversión del concesionario, en forma total o parcial, el recaudo de la contribución de valorización, la obra pública que se ha de ejecutar mediante el sistema de concesión no puede ser objeto de contribución de valorización, pues si tal gravamen no se acordó con el objeto de remunerar al concesionario, no puede ser tenido el recaudo de dicho gravamen como fórmula para recuperación de la inversión, se repite, ya que se contraviene el inciso segundo del artículo 30117 de la Ley 105 de 1993, pues de otra parte, dicha fórmula resulta de obligatorio cumplimiento para las partes¹⁹⁶.

3.2 El daño patrimonial durante la etapa de rehabilitación y mantenimiento

La etapa de mantenimiento en si misma, no difiere en el tiempo de la etapa de operación o de explotación económica, pero en esta fase se quiere señalar la obligación del concesionario de mantener, reparar y preservar la infraestructura en su estado optimo de operación¹⁹⁷.

De esta manera, La obligación de mantener la obra empieza a ser exigible desde la etapa de construcción hasta la finalización del contrato, momento en el cual la administración recibe materialmente la obra construida y verifica el estado de la misma, cerciorándose de que se cumplan con las condiciones previamente pactadas.

¹⁹⁶ Sección Tercera Consejo de Estado, 23 de junio de 2010, Exp. 18294, C.P Enrique Gil Botero.

¹⁹⁷ En idéntico sentido al aquí expuesto puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007); Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324; en idéntica dirección puede consultarse el salvamento de voto presentado por el Consejero ponente del presente proveído, respecto de la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007); Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 20001-23-31-000- 1996-02999-01(15052). Sobre el tema pueden consultarse las Sentencias de 7 de octubre de 1999, Exp. 12387, de 1o de agosto de 2002, Exp. 21.041 y de 6 de julio de 2005, Exp. 12249.

Durante el tiempo que dura la etapa de mantenimiento, el concesionario está en la obligación de garantizar que las obras realizadas cumplan idóneamente con su propósito.

De esta manera, tenemos que durante esta fase de la concesión la entidad concedente y el interventor deben realizar una revisión de los resultados obtenidos, ya que el contrato contiene obligaciones esencialmente de resultados, ya que este es el mecanismo con que cuenta la administración contratante para verificar el estado de la infraestructura contratada mediante el sistema de concesión, y es así como se establece la obligación de concesionario de realizar todas las labores de mantenimiento que la obra requiera no solo como obligación contractual sino también como necesidad del concesionario de mantener en perfecto estado la infraestructura para que la demanda de tráfico y usuarios de la misma no disminuya¹⁹⁸.

4. El daño patrimonial a la fase post-contractual en especial a la aplicación de la cláusula de reversión

Durante la etapa postcontractual del contrato de concesión, esto es una vez vencido el término de explotación económica de la obra, cobra gran importancia la cláusula de reversión. La cláusula de reversión, de conformidad con el artículo 19 de la 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

¹⁹⁸ Ob. Cit. ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. Libro Homenaje a Fernando Hiestrosa. 40 años de Rectoría, 1963-2003, Tomo II. La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho frances. Juan Carlos Henao. . Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna¹⁹⁹.

En el Código Civil colombiano, encontramos como antecedente una referencia a lo que es la cláusula de reversión que no fue codificada como tal pero que tiene los mismos efectos que el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, al respecto, el artículo 682 de C.C establece la reglamentación de los derechos sobre las construcciones realizadas en bienes públicos de la siguiente manera: “sobre las obras que con permiso de la autoridad competente se construyan en sitios de propiedad de la Unión, no tienen los particulares que han obtenido este permiso, sino el uso y goce de ellas, y no la propiedad del suelo. Abandonadas las obras o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo, por el ministerio de la ley, al uso y goce privativo de la Unión o al uso y goce general de los habitantes, según prescriba la autoridad soberana. Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por la Unión²⁰⁰.

Esta cláusula, se entiende incorporada a todos los contratos de concesión aún cuando no se encuentra expresamente pactada en ellos, de tal manera que se constituye como una cláusula de aquellas consideradas de la esencia del contrato de concesión. Entonces el control fiscal posterior que se ejerza va a tener incidencia directa en la cláusula de reversión que se pacte en contrato²⁰¹.

¹⁹⁹ CONSEJO DE ESTADO
TERCERA
(14) de dos mil catorce (2014). Radicación: Demandante: Demandado: Referencia: 15001-23-31-000-1997-07016-01 (23.788) Construca S.A.
contractuales.

²⁰⁰ Ob. Cit. ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de Rectoría, 1963-2003, Tomo IV. Integración de los contratos. Diego Franco Victoria. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

²⁰¹ Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 1995, exp. 8126: “Respecto del acto de liquidación, advierte la Sala que ni en el decreto 150 de 1976 ni en el 222 de 1983 se establecieron plazos para que la diligencia de liquidación, bilateral o unilateral, se efectuase; una disposición en tal sentido solo se encuentra a partir de la vigencia de la ley 80 de 1993 (artículo 60). “Tal circunstancia impuso que el Juez Administrativo tuviese que precisar los términos, frente al silencio de la ley; así lo hizo, por ejemplo, en sentencia de 29 de enero de 1988, exp. No. 3615, CP. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, actor Darío Vargas

La cláusula de reversión, implica el deber de realizar por parte de la administración al momento de recibir los bienes que se le van revertir, el inventario detallado de toda la infraestructura, del estado en que se encuentra, el tipo de mantenimiento que se le ha hecho al mismo, el manejo que se le ha dado a la obra durante el periodo de la concesión, de tal manera, que una vez transferidos los bienes al Estado la administración pueda exigir de conformidad con el inventario y las cláusulas del contrato donde se especifiquen las obligaciones del concesionario, el deber de este de reparar o rehabilitar la infraestructura que no cumpla con las condiciones de calidad y estabilidad estipuladas en el contrato.

Así mismo, para efectos de ejercer un adecuado control sobre el contrato de concesión es del caso precisar sobre la cláusula de reversión que lo común es que esta se pacte pura y simple y que se ejecute de esta manera; es decir, que se dé una reversión sin compensación alguna, el cual es el espíritu de la norma que consagra esta cláusula, que resulta concordante con la cláusula del plazo y de remuneración del contrato.

No obstante, puede suceder que por diversas circunstancias no sea posible realizar una reversión pura y simple, pues sin importar que el negocio que se haya convenido se financiará con recursos provenientes tanto del sector privado como del sector público o que se financiará con aportes ciento por ciento del sector privado, es posible que la concesión termine anticipadamente afectando el plazo de la misma y la posibilidad de recuperación de inversión por parte del concesionario, lo cual obligaría

Sanz, con ésta fórmula: “ ‘Aquí surge un escollo, aparentemente creado por un vacío legal. Qué plazo tiene la administración para liquidar el contrato? “ ‘Aunque la ley no lo diga no quiere significar esto que la administración pueda hacerlo a su arbitrio, en cualquier tiempo. No, en esto la jurisprudencia ya ha tomado también partido. Se ha considerado como término plausible el de cuatro meses; dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada para la liquidación y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo.

a la administración a que se realice la reversión mediando la indemnización al concesionario.

El daño patrimonial se presenta cuando se termina el contrato de concesión, y al momento de la liquidación no se exige la aplicación de la cláusula de reversión, ni se establece el mecanismo para que esta se haga efectiva, lo que evidencia un daño patrimonial si el valor de los bienes o la misma especie no es entregada a título de reversión a la administración concedente²⁰².

5. La responsabilidad civil-contractual y daño patrimonial en los contratos de asociaciones público-privadas, de iniciativa pública e iniciativa privada-APP

El artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero que debe ser ejercida dentro de los límites del bien común, estableciendo además que para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. De conformidad con la interpretación constitucional, este derecho de la competencia *“constituye piedra fundamental de un sistema capitalista en el cual las personas pueden desarrollar cualquier tipo de actividad lucrativa de acuerdo a sus preferencias o capacidades”*, estableciendo de esta manera que el derecho consagrado en este artículo es un

²⁰² Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 1995, exp. 8126: “Respecto del acto de liquidación, advierte la Sala que ni en el decreto 150 de 1976 ni en el 222 de 1983 se establecieron plazos para que la diligencia de liquidación, bilateral o unilateral, se efectuase; una disposición en tal sentido solo se encuentra a partir de la vigencia de la ley 80 de 1993 (artículo 60). “Tal circunstancia impuso que el Juez Administrativo tuviese que precisar los términos, frente al silencio de la ley; así lo hizo, por ejemplo, en sentencia de 29 de enero de 1988, exp. No. 3615, CP. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, actor Darío Vargas Sanz, con ésta fórmula: “ ‘Aquí surge un escollo, aparentemente creado por un vacío legal. Qué plazo tiene la administración para liquidar el contrato? “ ‘Aunque la ley no lo diga no quiere significar esto que la administración pueda hacerlo a su arbitrio, en cualquier tiempo. No, en esto la jurisprudencia ya ha tomado también partido. Se ha considerado como término plausible el de cuatro meses; dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada para la liquidación y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo.

derecho de carácter fundamental pero que “*debe ejercerse dentro de los límites de la Constitución y la ley*”.

Así las cosas, luego que la Ley 1508 de 2012, derogara el parágrafo segundo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que abría de manera timorata la puerta a los esquemas de contratación de iniciativa privadas, el legislador colombiano expide una verdadero estatuto de las concesiones bajo la modalidad de contratación de proyectos de infraestructura del transporte y de servicios público mediante el sistema de asociaciones público privadas tanto de iniciativa pública como privadas.

La ley 1508 de 2012, reglamentada entre otros por el Decreto 1467 de 2012, y la Ley 1682 de 2013 y el Decreto Nacional No. 1082 de 2015, han dotado al sector de un verdadero estatuto legal y reglamentario que le permite al sector público asociarse con el sector técnico y financiero privado para adelantar proyectos de infraestructura y de servicios públicos mediante concesiones tanto de iniciativa pública como de iniciativas privadas²⁰³.

De allí que concibamos los esquemas de asociaciones público privados como instrumento de vinculación de capital privado que se materializa en un contrato estatal con una persona natural o jurídica de derecho privado para proveer bienes y la prestación de servicios públicos, que involucran retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago relacionados en la disponibilidad y el nivel de servicio y o de infraestructura.

Este sistema de asociación público privada para el desarrollo de infraestructura del transporte y la prestación de servicios públicos aplica a todos los negocios jurídicos

²⁰³ Cristian Andrés Díaz Díez, La liquidación. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Ed. Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA-, No. 3, Medellín, 2013, págs. 254 a 256.

estatales donde se encargue al inversionista privado la elaboración de los diseños y construcción de infraestructura y de servicios, asociados a su construcción, reparación mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento a la infraestructura y servicios públicos asociados a su construcción, reparación y mejoramiento.

La retribución del concesionario- inversionista se hace con la explotación económica de la infraestructura de transporte y de los servicios públicos en las condiciones que se pacte, y por el tiempo que se acuerde con el Estado contratante-concedente, y se aportarán recursos públicos cuando la naturaleza del proyecto lo amerite.

La norma señala que en los esquemas de asociaciones públicos privados, los contratos de concesión no pueden ser superior a treinta años, y sus adiciones y prórrogas tienen que hacerse con actividades u obligaciones relacionadas directamente con el objeto del contrato después del vencimiento de los tres primeros años de la concesión y hasta antes de los $\frac{3}{4}$ del plazo inicialmente fijado.

Al ser de los contratos cuya tipología la ley los ha definido como concesión, lo cual indica que las cláusulas excepcionales es obligatoria pactarlas, dentro de las que está la clausula de reversión que implica que al finalizar el contrato dentro de la liquidación del mismo, los bienes dispuestos y afectados a la concesión deben ser revertidos al Estado.

De allí que en las concesiones estatales, la responsabilidad civil del contratista concesionario, por daño patrimonial causado puede darse cuando en su calidad de deudor de las prestaciones asumidas y aceptadas en el contrato de concesión, no hace las inversiones exigidas en el contrato según el cronograma o programa del proyecto, lo cual indica que acá se presenta un incumplimiento definitivo si no las hizo durante la vida del proyecto, incumplimiento de mora o retraso porque no las hizo en su oportunidad, o cumplimiento defectuoso si hizo las inversiones bajo tasa

de retornos por encima del compromiso asumido dentro del contrato, o porque construyó la infraestructura de manera defectuosa y la mala calidad y estabilidad de a infraestructura ha afectado la demanda de usuarios del servicio²⁰⁴.

Así mismo, existe daño patrimonial cuya atribución de responsabilidad civil contractual se le imputa al concedente estatal, cuando por su omisión o acción no exige el deber contractual de revertir al finalizar la concesión los bienes afectados al proyecto sin justificación alguna, o cuando durante la ejecución del contrato en cualquiera de sus fases de construcción, operación o mantenimiento se hace la adición o prórroga por encima de los límites presupuestales y de plazo establecidos en la Ley 1508 de 2012, ya que en todo contrato de concesión las prórrogas y adiciones de plazo tienen efectos esencialmente económicos, en tanto la rentabilidad del proyecto tiene la mayor posibilidad de aumentar, o puede ser utilizada para restablecer el equilibrio económico del contrato cuya ruptura se produce por hechos no imputables al Estado sino al contratista concesionario, lo que genera un daño patrimonial en cuanto lesiona el patrimonio estatal y los deberes estatales que tiene el Estado de mantener las condiciones iniciales del contrato mientras esas circunstancias no cambien.

6. La renegociación de las concesiones, adiciones en plazo y la responsabilidad civil-contractual patrimonial

Las causas que dan lugar a la renegociación de las concesiones son fundamentalmente el pago de garantías por concepto de ingresos mínimos, la construcción de obras complementarias y compensaciones tarifarias que generan obligaciones para el Estado concedente, y en ocasiones el incumplimiento del estatal en la entrega oportuna de predios y de licencias ambientales, deficiencias en

²⁰⁴ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La Protección constitucional del ciudadano. La responsabilidad patrimonial del Estado; La responsabilidad patrimonial del Estado como garantía constitucional. Legis Editores; Bogotá, 2004.

estudios y diseños previos e inadecuadas metodologías para estimar los costos y el tráfico vehicular, lo que conduce a retrasos en los cronogramas y renegociaciones sobre los costos de las obras y el reconocimiento de la ruptura de equilibrio financiero de la concesión.

Hasta ahora la renegociación de las concesiones han pretendido solucionar los problemas de liquidez de los proyectos concesionales asociados al incumplimiento en el pago de las garantías mínimas de ingresos y a la oportunidad del pago de los aportes estatales que afectan la sostenibilidad financiera del proyecto. Estas renegociaciones permiten el traslado del riesgo en manos de quien mejor esté en condiciones de cumplirlos, cambiar el plazo de entrega de concesiones, modificando las garantías de ingresos mínimos por el esquema de ingresos esperados, la compra de la concesión por parte del Estado que consiste en el pago del valor presente neto de los flujos del concesionario etc²⁰⁵.

Desde luego al juez del contrato le corresponde analizar los elementos de la responsabilidad contractual, como la existencia del daño patrimonial, la conducta o comportamiento contractual del deudor y la posición jurídica del acreedor , así como el nexo de causalidad entre los dos elementos anteriores para que después de realizar el ejercicio de atribución del daño patrimonial cuantificado, debe realizar una evaluación del proyecto concesional y revisar si las causas que generaron el desequilibrio económico está dado por una inadecuada estructuración del proyecto, y si efectivamente la renegociación le permite al Estado ventajas positivas en términos económicos, financieros, de operación y reversión de la concesión. Si resulta la renegociación onerosa para el Estado concedente podría configurarse un daño patrimonial y con este la responsabilidad civil de las partes contratistas.

Los proyectos de asociación público privados de iniciativa privada que no requieren

²⁰⁵ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios: Su significación en América Latina. Sexta Edición. Legis Editores, Bogotá, 2002, pág. 20.

desembolsos de recursos públicos deben cumplir con los requisitos y procedimientos legales para la presentación de proyectos de APP de origen privado:

1. No podrán presentarse iniciativas en los casos en que correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes. (Art. 14. L. 1508/2012).

2. No podrán presentarse proyectos para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. (Art. 14. L. 1508/2012).

3. Tampoco se aceptarán aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la ley 1508. (Art. 14. L. 1508/2012)

4. La inversión del proyectos debe ser superior a (6.000) SMMLV.

5. El Plazo máximo del proyecto deber ser de 30 años incluyendo prorrogas. Cuando de la estructuración se concluya que es un mayor plazo se necesitará concepto previo del CONPES.

6. Debe presentarse en forma confidencial y bajo reserva ante la entidad competente.

7. La estructuración del proyecto debe estar dividida en dos etapas: Pre-factibilidad y Factibilidad.

7.1. PREFACTIBILIDAD: se debe señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de pre-factibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de pre-factibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación.

7.2. FACTIBILIDAD: En esta etapa se debe presentar el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.

En la etapa de factibilidad del proyecto se debe anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos.

En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada.

5. Evaluación de la etapa de pre-factibilidad: La entidad estatal cuenta con un plazo máximo de tres (3) meses para verificar si la propuesta, al momento de ser analizada, es de interés de la entidad competente de conformidad con las políticas sectoriales, la priorización de proyectos a ser desarrollados y que dicha propuesta contiene los elementos que le permiten inferir que la misma puede llegar a ser viable, sin que tal verificación genere ningún derecho al particular, ni obligación para el Estado.

6. Resultado de esta verificación, la entidad estatal competente podrá rechazar la iniciativa u otorgar su concepto favorable para que el originador de la propuesta continúe con la estructuración del proyecto e inicie la etapa de factibilidad. Dicho concepto, en caso de ser favorable, permitirá que el originador de la propuesta pueda continuar con la estructuración del proyecto y realizar mayores estudios, sin que ello

genere compromiso de aceptación del proyecto u obligación de cualquier orden para el Estado.

7. Evaluación etapa de factibilidad: Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de factibilidad, la entidad estatal competente dispondrá de un plazo máximo de seis (6) meses a partir de la fecha de su radicación, para la evaluación de la propuesta y las consultas a terceros y a autoridades competentes, este estudio lo podrá hacer directamente o a través de terceros. Se podrá prorrogar los términos del estudio hasta por un plazo igual a la mitad del plazo inicial, para profundizar en sus investigaciones o pedir al originador del proyecto que elabore estudios adicionales o complementarios, ajustes o precisiones al proyecto.

8. Si realizados los estudios pertinentes la entidad pública competente considera la iniciativa viable y acorde con los intereses y políticas públicas, así lo comunicará al originador informándole las condiciones para la aceptación de su iniciativa incluyendo el monto que acepta como valor de los estudios realizados, con fundamento en costos demostrados en tarifas de mercado para la estructuración del proyecto y las condiciones del contrato. De lo contrario rechazará la iniciativa mediante acto administrativo debidamente motivado. En todo caso la presentación de la iniciativa no genera ningún derecho para el particular, ni obligación para el Estado.

9. Comunicada la viabilidad de la iniciativa, el originador del proyecto podrá aceptar las condiciones de la entidad estatal competente o proponer alternativas. En cualquier caso, en un plazo no superior a dos (2) meses contados desde la comunicación de la viabilidad, si no se llega a un acuerdo, se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública.

10. Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la

ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública “SECOP”.

12. Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas.

13. Los recursos públicos y todos los recursos que se manejen en el proyecto deberán ser administrados a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto. La entidad estatal tendrá la potestad de exigir la información que estime necesaria, la cual le deberá ser entregada directamente a la solicitante por el administrador del patrimonio autónomo, en los plazos y términos que se establezca en el contrato. Los rendimientos de recursos privados en el patrimonio autónomo pertenecen al proyecto.

14. Constituido el patrimonio autónomo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, la fiduciaria deberá reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero “UIAF” el nombre del fideicomitente, del beneficiario, el valor de los recursos administrados a través del patrimonio autónomo constituido por el contratista y la demás información que esta Unidad requiera. El ordenamiento legal que constituye el Estatuto de Concesiones bajo los esquemas de asociaciones públicas privadas, y que fue recogido en el Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015, es el siguiente:

N°	NORMA	FECHA	EPIGRAFE
-----------	--------------	--------------	-----------------

1	Ley 1508 de 2012	10 de enero de 2012	Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones
2	Ley 1682 de 2013	22 de noviembre de 2012	Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias.
3	Decreto 1467 de 2012	6 de julio de 2014	Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012
4	Decreto 2294 de 2012	8 de noviembre de 2008	Por el cual se corrige un yerro en el artículo 36 de la Ley 1508 del 10 de enero de 2012.
5	Decreto 100 de 2013	25 de enero de 2013	Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012. (DEROGADO POR EL DECRETO 1553 DE 2014).
6	Decreto 1610 de 2013	30 de julio de 2013	Por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012.
7	Decreto 301 de 2014	17 de febrero de 2014	Por el cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012.
8	Decreto 942 de 2014	21 de mayo de 2014	Por medio del cual se establecen las condiciones que deben cumplir las autoridades para otorgar a los particulares los permisos que requieren para el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte.
9	Decreto 1026 de 2014	28 de mayo de 2014	Por el cual se reglamenta la forma en que podrán establecerse en

			proyectos de Asociación Público Privada, Unidades Funcionales de Tramos de Túneles, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley 1682 de 2013.
10	Decreto 1553 de 2014	15 de agosto de 2014	Por medio del cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012.
11	Decreto 1698 de 2014	5 de septiembre de 2014	Por medio del cual se reglamenta la Ley 1675 de 2013.
12	Resolución DNP 3656 de 2012	20 de diciembre de 2012	Por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de asociación público privada como una modalidad de ejecución de proyectos de que trata la Ley 1508 de 2012 y el Decreto número 1467 de 2012.

CAPÍTULO TERCERO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL EN

LA GESTIÓN Y ADQUISICIÓN PREDIAL REQUERIDOS PARA LA CONTRATACIÓN, EJECUCIÓN Y DESARROLLO DE PROYECTOS DE OBRAS, INFRAESTRUCTURA DEL TRANSPORTE Y DE SERVICIOS PÚBLICOS

SUMARIO. 1. La gestión y adquisición predial para la ejecución y desarrollo de proyectos de infraestructura y de servicios públicos. 1.1.- La indemnización debe ser justa. 1.2.- Estimación y tasación de la indemnización. 1.2.1.- Función compensatoria. 1.2.2.- Función reparatoria. 1.2.3.- Función restitutiva. 2.- La igualdad de criterios en la estimación tanto de la indemnización que realiza el juez, como del precio negociado en la etapa de enajenación voluntaria. 3.- El daño patrimonial en la gestión predial en los contratos de obra pública y de concesión de infraestructura vial. 4.- La Responsabilidad civil contractual de las personas jurídicas que ejecutan y desarrollan proyectos de infraestructura y de servicios públicos y de asociaciones público-privadas por la ocurrencia de riesgos prediales

Partiendo de la concepción del liberalismo individualista, que pregonaba la propiedad privada como un derecho absoluto, perpetuo, exclusivo e inviolable que, en su arbitrio, ejercía una persona sobre una cosa que le pertenecía, y que sólo permitía las restricciones jurídicas y del derecho ajeno, fue reproducida por varias legislaciones civiles; en ese discurrir histórico, se fue decantando y morigerando en su incolumidad por las limitaciones o afectaciones del derecho público²⁰⁶.

Las constituciones, en esos términos, garantizaban el derecho de propiedad. Pero no era suficiente; porque la finalidad de la propiedad iba desprendiendo alto contenido socioeconómico, y según la precisa evolución político-jurídica del concepto requería regulación del derecho público. Mucho después, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, impone limitaciones explícitas con fundamento en postulados filosófico-político-jurídicos como los de **“necesidad pública”**, y ordenamientos constitucionales de la época el de los **“usos públicos”**;

²⁰⁶ ARANGO CASTRO, Camilo Daniel. Gestión inmobiliaria en los proyectos de infraestructura. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Colección de textos de Jurisprudencia. Bogotá, 2007, Pág. 23 y ss.

el primero ligado a previa y justa indemnización, y el segundo, a una justa indemnización.

Es así como, según lo establece la Teoría de los fines del Estado (acogida por la constitución de 1886, y posteriormente retomada por los constituyentes de 1936 y 1991), que justifica la expropiación como institución necesaria a los fines del Estado, estableciendo que no puede concebirse la propiedad en contraposición a los derechos de la sociedad; por tanto, la expropiación no constituye una violación al derecho de propiedad, sino que se viabiliza en conciliación del derecho particular con el de la comunidad, y ello lo realiza el Estado para el cumplimiento de sus fines, sacrificando la propiedad privada, haciendo surgir la consiguiente responsabilidad indemnizatoria del Estado, cuyo fundamento reside en el principio de igualdad ante las cargas públicas, ello hace entendible la prevalencia para satisfacer los intereses público sociales. De allí el carácter forzoso de la expropiación por motivos de utilidad pública o interés social, que predomina en la mayoría de las constituciones del mundo.

Es aquí donde la presencia del control fiscal se hace ineludible, para garantizar el equilibrio de las cargas públicas de las partes, ya que en cualquier etapa de las distintas clases del proceso expropiatorio, las cuales veremos más adelante, se podrían romper las mismas generando un detrimento patrimonial al momento del reconocimiento y cancelación del precio o en la fijación del avalúo, mas aun si no se establece cumpliendo con los parámetros técnico-jurídicos que establece la ley para el proceso expropiatorio que será tratado en el presente capítulo. El régimen jurídico aplicable a la gestión para la adquisición de los predios para el desarrollo de infraestructura del transporte y de servicios públicos asociados a este, el régimen aplicable es el contenido en la Ley 1682 de 2013, sin embargo para la expropiación judicial continúan vigentes la Leyes 9ª de 1989, la Ley 388 de 1997, Ley 1564 de 2012; Decreto 1082 de 2015.

1. La gestión y adquisición predial para la ejecución y desarrollo de proyectos de infraestructuras de transporte y de servicios públicos

La Ley 1682 de 2013, desarrolla un nuevo marco de gestión y adquisición de los predios necesarios para la ejecución y desarrollo de proyectos de infraestructura y de servicios públicos asociado a estos, para lo cual avanza de manera significativa en la disposición de un régimen que permite de manera razonable y oportuno la realización de la gestión predial acorde con las necesidades que exigen los proyectos de los predios para su ejecución y desarrollo, y elimina de los principales obstáculos cuya consecuencia era la paralización del desarrollo de los proyectos y la ejecución de los contratos de obras públicas y de concesión de infraestructura del transporte y de los servicios públicos asociados.

Los propietarios y poseedores abusando del derecho a la propiedad, perturbaban la celeridad y la ejecución de los cronogramas de obras, ya que abusando de los pretendidos derechos, retrasaban los cronogramas establecidos que finalmente conducían a que el contratista se retrasara en el avance del proyecto, o solicitara la suspensión de la obra, o la paralizara y finalmente todo conducía a que el contratista reclamara el sobre costo de la mayor permanencia en obra o que por esa causa se le restableciera el equilibrio económico del contrato²⁰⁷.

²⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 18 de enero de 2012. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. No. 1999- 01250, oportunidad en la que se precisó: “De conformidad con las manifestaciones de las partes, para la Sala dicho documento que obra en copia simple, tiene en esta oportunidad mérito para ser analizado y valorado, comoquiera que la parte demandada pidió tener esa copia como prueba y valorarla como tal; en otras palabras, la Nación no desconoció dicho documento ni lo tachó de falso, sino que conscientemente manifestó su intención de que el mismo fuese valorado dentro del proceso. “En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además, aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda.” (Negrillas)

Por ello la ley 1682 de 2013, dispuso en su artículo 19 y siguientes, declarar motivo de utilidad pública y de interés social todos los predios o inmuebles urbanos y rurales que requieran las entidades públicas para la ejecución y/o desarrollo de los proyectos de infraestructura de transporte para la construcción, mantenimiento, rehabilitación, mejora, para lo cual las entidades pueden acudir a esquemas de negociación directa, a la expropiación administrativa o judicial, solicitando la entrega anticipada del bien para garantizar la ejecución oportuna de los proyectos de utilidad pública e interés social.

La expropiación administrativa, debe ser indemnizada conforme lo dispone el artículo 58 constitucional, y mas adelante le daremos alcance a lo que significa precio del inmueble, y la indemnización constitucional. Si la expropiación es judicial, s tramitará ante el juez civil de conocimiento competente, de conformidad con lo dispuesto en la ley 9a de 1989, en la Ley 338 de 2007 y las leyes 1564 de 2012, y si el predio es requerido para la operación de puertos el régimen jurídico será el establecido en la Ley 1 de 1991.

adicionales). De igual forma, se pueden consultar la sentencia de 7 de marzo de 2011, exp. 20.171, M.P. Enrique Gil Botero, oportunidad en la que se precisó: “Lo primero que advierte la Sala es que el proceso penal fue aportado en copia simple por la parte actora desde la presentación de la demanda, circunstancia que, prima facie, haría invalorable los medios de convicción que allí reposan. No obstante, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales recientes, se reconocerá valor probatorio a la prueba documental que si bien se encuentra en fotocopia, ha obrado en el proceso desde el mismo instante de presentación del libelo demandatorio y que, por consiguiente, ha surtido el principio de contradicción. “En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de las sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial. “En el caso sub examine, por ejemplo, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue acompañada con la demanda y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se entregó como anexo de la misma, circunstancia que no acaeció, tanto así que los motivos de inconformidad y que motivaron la apelación de la providencia de primera instancia por parte de las demandadas no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que integran el plenario sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño y con la forma de establecer la eventual participación en la producción del mismo.

Por último la Ley, introduce tres elementos importantes, que permite mayor transparencia en la gestión y adquisición de los predios, que es el de encargar de manera exclusiva la gestión predial a la entidad pública titular del proyecto, y a ello le llama gestión predial pública, esto es que se prohíbe que los contratos de concesión o de obra pública donde se necesiten para su ejecución la adquisición de los predios se le atribuya por vía contractual al contratista privado, es decir la única modalidad posible es la gestión y adquisición predial por vía de gestión pública, lo que implica que la entidad contratante puede encargar de esta obligación a una empresa estatal cuyo objeto principal sea la de gestión y administración de inmuebles, como el caso de las inmobiliarias estatales.

El segundo punto importante, es el de radicar en cabeza del IGAC, Instituto Geográfico Agustín Codazzi la elaboración del avalúo del predio, pero también por los procedimientos de selección previstos en la Ley puede contratar una persona natural o jurídica experta en evaluos para que elabore el o los avalúos requeridos dentro del trámite. Corrige la ley el tiempo en que se puede impugnar los avalúos al punto que una vez notificado el afectado solo puede impugnarlo dentro de los cinco días siguiente a ese acto de notificación, y una vez ejecutoriado el avalúo tendrá vigencia de una año.

El tercer punto importante que evita demoras en la entrega y disposición del inmueble requerido para la ejecución del proyecto, es que una vez el inmueble sea declarado motivo de utilidad pública e interés común, ese acto produce un saneamiento automático del inmueble de cualquier vicio que presente el inmueble en su tradición, por la cual el acto concreto se verifica con el acto de anotación y registro en las oficinas de instrumentos públicos y privados.

Todas estas medidas son importantes, en la medida en que, facilita la ejecución de los proyectos, y evita demoras en la entrega de los predios al contratista, impide que los contratistas hagan uso de potestades públicas en la adquisición de los predios, e

impide que por acciones judiciales de saneamiento de vicios en los inmuebles se tracen los proyectos.

Estas medidas evitan en un alto grado de probabilidades la configuración de daños patrimoniales pro adquisición de predios por valores mas altos de los del mercado, impide restablecimiento del equilibrio económico del contrato por compensaciones o reconocimiento de mayor permanencia por mora o retraso en el cronograma de entrega de predios, lo cual de presentarse generaría un daño patrimonial del deudor respecto del acreedor dentro de un régimen de responsabilidad civil contractual como el nuestro. A partir de este desarrollo legal encontramos que el riesgo de entrega de predios es del Estado, y no del contratista particular.

1.1 La indemnización debe ser justa e integral

En un Estado Social y Democrático de Derecho, en donde por expreso mandato superior, la indemnización en casos de expropiación debe ser previa, también tendríamos de manera implícita, que la indemnización sea justa o integral.

Dos aspectos deben ser destacados cuando se habla de indemnización en caso de expropiación: uno de ellos es cuánto vale el bien, y el otro, que tiene sentido económico diverso, es cual debe ser el monto de la indemnización, entendiendo por tal el valor de la reposición de perjuicios patrimoniales.

Ahora bien, en las formulas técnicas que normalmente se tienen en cuenta para la formación del precio que deberá ser pagado en las expropiaciones, lo que se busca determinar a través de cualquiera de ellas, es el valor del inmueble en el mercado, es decir, el llamado valor real.

La indemnización justa o integral como un derecho subjetivo del expropiado debe

abarcarse no sólo el valor objetivo (económico) del bien, determinado conforme a la ley, sino también el consumado por la expropiación en sus consecuencias directas e inmediatas en nexo de causalidad (según el caso concreto, verbigracia: rentabilidad, arriendos o destinación al comercio, mejoras, etc.) como factores de naturaleza patrimonial accesoria, los cuales deben ser ciertos, actuales y no eventuales o meras expectativas del propietario, porque no procede indemnizar daños y perjuicios hipotéticos ni indirectos.

En relación con el carácter justo de la indemnización la Corte Constitucional mediante Sentencia C-961 de 2003, estableció que aun cuando el texto constitucional no menciona expresamente si la indemnización por expropiación debe ser justa, ésta exigencia se ha deducido de la referencia que hace el texto del artículo 58 de la Carta a la necesidad de ponderar los intereses de la comunidad y del afectado al momento de fijar la indemnización por expropiación. Así, la Corte ha reconocido que “esta frase significa que la indemnización debe ser justa, realizando así este alto valor consagrado en el Preámbulo de la Carta, lo cual concuerda, además, con el artículo 21 del Pacto de San José”, según el cual *“ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social en los casos y según las formas establecidas por la ley”*²⁰⁸.

Estableciendo a su vez que con anterioridad al Acto Legislativo No. 1 de 1999, esa Corporación sostuvo que existían eventos en los que era “justo” no reconocer un valor indemnizatorio a quien fuera expropiado.

Así, lo dijo la Corte Constitucional en la Sentencia C-358 de 1996. Sin embargo, a partir de este Acto Legislativo, no es posible que la disminución del valor de la indemnización que se reconozca al particular expropiado, en aras de consultar los intereses de la comunidad, pueda llegar a ser de tal magnitud que finalmente no se

²⁰⁸ Corte Constitucional mediante Sentencia C-961 de 2003

le reconozca ningún valor como indemnización.

“Se trata, en este caso, de una relación regida por la igualdad aritmética, determinante de la llamada justicia retributiva o correctiva. De tal suerte que si el expropiado sufrió un perjuicio de 100, deberá recibir 100 como indemnización justa por el daño que se le ha ocasionado; si el daño fue sólo de 50, deberá recibir 50, pero, por ejemplo, si el daño causado por un hecho, se compensa por el provecho derivado del mismo, no hay lugar a indemnización porque ésta no resultaría justa, y son éstos los casos que el legislador debe evaluar, en concreto, para determinar si, por razones de equidad (es decir, de justicia), la indemnización no procede. (...)”²⁰⁹.

1.2. Estimación y tasación de la indemnización dependiendo de la función que esta cumple

La estimación y tasación de la indemnización debe fijarse consultando los intereses de la comunidad y del afectado, tal como lo establece la Constitución Política en el artículo 58, inciso 4º, armonizando el interés público-social y el propio del afectado con la medida expropiatoria.

En cuanto al interés de la comunidad, “su estimación debe estar acorde con la causalidad público-social que la origina y no se haga a espaldas de los intereses de la colectividad, y, por tanto que no se tenga en cuenta circunstancias de carácter personal, subjetivas o hipotéticas, que no sea falsa, que no constituya un precio mayor o de enriquecimiento sin causa, que se prevenga la inmoralidad administrativa, o el monto no sea invalido o patrocinado por actos de corrupción, etc. Los constituyentes de 1991 se lamentaban de que, en la práctica de la expropiación, la tasación de la indemnización, en algunos casos, no se cumplía conforme a las

²⁰⁹ Cfr. Corte Constitucional en la Sentencia C-358 de 1996

regulaciones sanas establecidas por la ley.

En el supuesto de los intereses del afectado, para restablecer el equilibrio patrimonial, en su justa compensación, debe estimarse tomando en cuenta el valor de reposición del bien y los posibles perjuicios originados que sufra el expropiado, sin que lleve a su empobrecimiento ni enriquecimiento. *“Si el Estado expropia ejerce en realidad un poder jurídico de acuerdo con la Constitución, pero como el ejercicio de este poder supone el sacrificio del derecho del propietario, es preciso compensar o indemnizar los perjuicios que éste sufre. De allí, entonces, que la suma a pagar debe cubrir exactamente el daño que se irroga al propietario, sin que éste se empobrezca ni enriquezca en la medida que tal resultado pueda razonablemente alcanzarse”*²¹⁰

Este deber de ponderación de los intereses concretos, es lo que determina que en cada caso la indemnización tenga una función compensatoria, reparatoria y restitutiva, asunto que procederemos a analizar con base a los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

1.2.1 Función compensatoria

La función compensatoria en el pago por concepto de una adquisición predial por motivos de utilidad pública o de interés social consiste en que al referirse al carácter compensatorio de la indemnización es hacerlo únicamente respecto del daño emergente que produce la adquisición del bien por parte de la administración pública, que además debe ser el límite mínimo sobre el cual se tiene que estimar la indemnización, de forma que no se incumpla el mandato constitucional de que no haya expropiación sin indemnización o la prohibición de que las mismas sean simbólicas o irrisorias.

²¹⁰ Corte Constitucional en la Sentencia C-358 de 1996

Al ser solo estimada a partir del daño emergente que se produzca con la adquisición, el servidor público deberá tener en cuenta que el daño que fundamenta la indemnización cumpla con los requisitos que ha establecido la jurisprudencia para este efecto: el daño tiene que ser personal, cierto, determinado o determinable y afectar una situación jurídicamente protegida o amparada.

El carácter personal de daño, alude a que sólo la persona afectada es la que puede reclamar y por tanto, ser la receptora de la indemnización ordenada; sólo quien sufrió los perjuicios derivados del daño, es decir, de la adquisición del bien inmueble es quien puede actuar dentro del proceso correspondiente. Este daño personal puede además ser directo o indirecto: es directo, el que se produce cuando el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado, que es a la vez víctima del hecho, e indirecto cuando el acto ataca los bienes o la persona de la víctima y esto se refleja en el patrimonio de otra diferente que resulta damnificada.

Por su parte, el carácter cierto del daño es aquel que en cuanto a su existencia y extensión puede afirmarse (que no excluye, por tanto, al futuro, que es aquél aún no realizado pero necesariamente habrá de producirse) y determinado) es aquél que puede ser tasado. (La certidumbre se distingue de su determinación, porque la primera hace relación a la existencia y extensión del daño y ésta con su cuantía).

En este orden de ideas, la certeza del daño hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia independientemente de que sea presente o futura, mientras que la eventualidad precisamente se opone aquélla característica, es decir, es incierto el daño cuando hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no y por lo tanto, no puede considerarse a los efectos de la responsabilidad extracontractual. Y la concreción del daño se dirige a que el bien que se destruye, deteriora o modifica se precisa finalmente en la determinación o cuantificación del monto indemnizable.

1.2.2 Función reparatoria

La función reparatoria a diferencia de la compensatoria, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante causado por el hecho de la expropiación. En esta función se toma la indemnización no como una operación aritmética simple o una conversión simple de valores, sino como un conjunto, que comprende un daño, un nexo causal y un justo precio derivado de ese daño.

Sobre el deber de reparación, la Corte Constitucional, ha expresado:

“La indemnización es pues una consecuencia de facultad expropiatoria del Estado. Ella se explica por el deber de reparación que surge a raíz del ejercicio de dicha facultad: la producción de un daño generado por una actividad legítima de la acción administrativa.

La actividad es legítima porque la expropiación sólo opera por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, prevaleciendo así el interés general para cumplir los fines esenciales del Estado, de que trata el artículo 2° superior: promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”²¹¹.

Pero ese daño legítimo debe en principio ser indemnizado y puede generar formas de responsabilidad objetiva, porque la persona expropiada no tiene por qué soportar una carga específica que debe asumir toda la sociedad, en razón del principio de igualdad de todos ante las cargas públicas, cuyo fundamento es el Derecho de igualdad establecido en el artículo 13 de la

²¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-295 de 1993, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

Carta. Esto explica entonces que el ordenamiento superior haya consagrado el Derecho a la indemnización reparatoria en cabeza del afectado.

Así las cosas, la indemnización no es compensatoria, esto es, ella no es un presupuesto o una condición de la indemnización que genera una compensación a cargo del Estado y a favor del expropiado, por el enriquecimiento patrimonial del primero. Si así fuera, la indemnización se fijaría con base en el valor objetivo del bien y no, como ordena la Constitución -inciso 4° del art. 58-, "*consultando los intereses de la comunidad y del afectado*". De aceptarse la tesis del carácter compensatorio de la indemnización se tendría que concluir que la expropiación es una simple conversión de valores: los bienes expropiados se reemplazan por su equivalente en dinero y no comprendería por tanto los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación. La indemnización en tal caso no sería entonces justa, como lo ordena el artículo 21 numeral segundo del Pacto de San José.

Por todo lo anterior, es evidente que la indemnización prevista por el artículo 58 de la Constitución es reparatoria y debe ser plena, ya que ella debe comprender el daño emergente y el lucro cesante que hayan sido causados al propietario cuyo bien ha sido expropiado. Y en caso de que no haya forma de comprobar el lucro cesante, se puede indemnizar con base en el valor del bien y el interés causado entre la fecha de entrega del mismo y la entrega de la indemnización.

Ahora bien, resulta claro que el propio Código General del Proceso reconoce el carácter reparatorio y no simplemente compensatorio de la indemnización en los casos de expropiación. En efecto, el ordenamiento procesal establece que en aquellos casos en que el superior "*revoque la*

sentencia que decretó la expropiación, ordenará que el inferior ponga de nuevo al demandado en posesión o tenencia de los bienes, si la entrega de éstos se hubiere efectuado, y condenará al demandante a pagarle los perjuicios causados, incluido el valor de las obras necesarias para restituir las cosas al estado que tenían en el momento de la entrega.". Así, el Código General del Proceso, interpretado conforme al mandato constitucional del artículo 58 y las normas procesales reguladoras de la expropiación, muestra que la indemnización debe comprender todos los perjuicios ocasionados al propietario²¹².

1.2.3 Función restitutiva.

Podemos establecer que obedeciendo al sentido exegético de la palabra restitución, está hace referencia a la devolución de una cosa. Restablecimiento IN INTEGRUM. Beneficio extraordinario, proveniente del Derecho Romano, concedido a favor de determinadas personas que habían padecido lesión en un acto o contrato, aun cuando fuera legítimo, para obtener la reintegración o reposición de las cosas en el estado que tenían antes del daño o perjuicio. Su fundamento se encuentra en la equidad: en el deseo de proteger a los menores o incapaces, e incluso a personas jurídicas, por su trascendencia.

En este caso la función restitutiva de la indemnización sería la de restablecer las cosas a su estado anterior, para asegurar que el expropiado le sea pagada una indemnización por la totalidad de los daños y costos que sufre por causa de la expropiación para asegurar que éste pueda alcanzar una situación semejante a la que tenía antes de la expropiación.

²¹² Corte Constitucional mediante Sentencia C-961 de 2003

Aun cuando debemos tener en cuenta que la indemnización debe establecerse teniendo en cuenta los intereses de la comunidad y del particular, es posible que en ciertos casos la indemnización no tenga que cumplir una función restitutiva. Del que la propiedad sea una función social, surge la posibilidad constitucional de reducir el valor de la indemnización reconocida al particular expropiado, cuando dicha propiedad no está cumpliendo con esa función. En este orden de ideas, también puede regularse la forma de pago de dicha indemnización y los instrumentos con los cuales será cancelada.

Otro ejemplo de las limitaciones que pueden imponerse a la indemnización en virtud de su función social, lo señaló la Corte en la Sentencia C-295 de 1993, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, en donde la Corte declaró que las cesiones obligatorias para efectos de la construcción de vías, zonas verdes, y servicios comunales para la reforma urbana, no constituían una forma de expropiación sin indemnización sino una limitación derivada del hecho de que la propiedad era una función social, la cual no daba lugar a indemnización. Dijo entonces la Corte: *“en efecto, no hay duda de que en virtud de su función social urbanística la propiedad está sometida a una serie de limitaciones legales que afectan básicamente su uso, dentro de las cuales se encuentran las denominadas cesiones obligatorias gratuitas. Tales cesiones nacen de la obligación que tienen los propietarios que construyen urbanizaciones, edificios, realizan parcelaciones, etc., de ceder gratuitamente a los entes municipales una parte de su terreno, destinada a calles, parques, plazas, vías de acceso, zonas verdes, etc. En este orden de ideas aparecen las cesiones obligatorias gratuitas como una contraprestación a la que se obligan los propietarios de terrenos al solicitar el correspondiente permiso para urbanizar o edificar, y al aceptar las condiciones que exigen las autoridades competentes, dados los beneficios que pueden obtener con tal actividad, las que se imponen en desarrollo de la función social urbanística de la propiedad, consagrada en el artículo 58 de la Carta, y en ejercicio del poder de intervención del Estado en el uso del suelo “con el*

fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano” (art. 334 C.N.), como también del artículo 82 ibídem que faculta a las entidades públicas para “regular la utilización del suelo” en defensa del interés común.

2. La Igualdad de criterios en la estimación tanto de la indemnización que realiza el juez, como del precio negociado en la etapa de enajenación voluntaria

Para establecer una igualdad en la estimación del precio negociado que se realiza en la etapa de negociación voluntaria y la indemnización que realiza el juez, es necesario que se tenga en cuenta que la peritación hecha en la etapa de enajenación voluntaria, la cual servirá de base para la oferta de compra y a su vez para establecer el valor comercial del inmueble, consulte los parámetros técnico-jurídicos exigidos por la Ley.

Debemos también tener en cuenta, que los avalúos practicados en la etapa de enajenación voluntaria, discreparían con los que se realizan dentro del proceso judicial por razones de tiempo, más aun si se establece que los inicialmente practicados solo contemplan el daño emergente.

En virtud de lo anterior, por el tiempo transcurrido entre la presentación de la demanda y la terminación del proceso, la diferencia entre los dos avalúos sería notable. Lo que se debe tener en cuenta es que el avalúo practicado sobre un mismo bien con la observancia de los parámetros técnico-jurídicos, no debe arrojar

resultados completamente diferentes, es decir, las diferencias solo deberían radicar en las causadas por el simple hecho del paso del tiempo, y excepcionalmente por la determinación del lucro cesante, más no en otras circunstancias.

En este caso, se debe establecer cuál es el precio justo del bien con las variaciones o indexación que deba hacerse con respecto al avalúo que se realizó en la enajenación voluntaria, teniendo en cuenta el lapso de tiempo que ha transcurrido desde la enajenación voluntaria hasta la fecha en que se dictará sentencia. Si no fuere así y la diferencia fuese exorbitante, este se deberá objetar por error grave dentro del proceso judicial.

La responsabilidad civil en este caso se puede configurar, por el pago de la indemnización por encima del precio justo del bien que va a ser expropiado, es decir el juez al momento de establecer el daño patrimonial debe verificar si el precio justo fue el que se pagó o si por el contrario el inmueble fue adquirido por un precio por encima de su valor real y se debe limitar a establecer si el detrimento patrimonial del Estado fue causa de la falta de objeción por error grave del avalúo dentro del proceso judicial o si por el contrario el detrimento fue causado por dejar en firme el avalúo establecido en la enajenación voluntaria, puesto que el Estado pago un precio por encima del estimado para el valor comercial del bien. En este caso se podría determinar que existe un hallazgo fiscal también con incidencia penal y disciplinaria, por las mismas razones explicadas anteriormente.

3. el daño patrimonial en la gestión predial en los contratos de obra pública y de concesión infraestructuras del transporte y servicios públicos

La gestión predial podemos decir que es un estudio que se elabora dentro de cada entidad pública, para adoptar medidas, parámetros y lineamientos, tendientes a realizar procesos expropiatorios de acuerdo con la ley y que sirvan a su vez como

parámetro dentro de cada entidad para futuros procesos.

Dentro de la gestión predial encontramos unos estudios de pre-factibilidad predial, que deberá realizar la entidad respectiva para adelantar la expropiación, tales como:

- a) Cuantificar el número de predios requerido para desarrollar el proyecto.
- b) Identificar cada unidad predial con matrícula inmobiliaria y cédula catastral.
- c) Determinar la ubicación de cada uno de los predios cuantificado, realizando levantamiento topográfico del mismo.
- d) Realizar estudio de títulos sobre cada unidad predial.
- e) De ser procedente, determinar relaciones entre propietarios y poseedores.
- f) Especificar en cada unidad predial si existe copropiedad o propiedad horizontal, número de pisos, coeficiente de propiedad horizontal.
- g) Realizar un estudio sobre aplicación de norma urbanística sobre cada unidad predial.
- h) Calcular el valor estimado de los predios, identificando las normas aplicables para fijar el avalúo.

El riesgo predial está asociado al costo de los predios, a su disponibilidad oportuna y a la gestión necesaria para la adquisición. El riesgo surge de la necesidad de disponer de predios para el desarrollo de los proyectos. El control y responsabilidad sobre la compra de predios está a cargo de la entidad estatal, dado que ésta es quien tiene la facultad de adquirir el predio y/o adelantar los procesos de expropiación

respectivos. No obstante lo anterior, se podrá pactar en los contratos la responsabilidad del contratista sobre la gestión para la adquisición y de compra de los predios.

En este caso, se debe determinar si es verdaderamente viable realizar el proceso expropiatorio para desarrollar un proyecto o si es menos oneroso, más ágil y factible la realización de otro procedimiento, tal como la construcción de un puente elevado o subterráneo, por ejemplo, para realizar determinado proyecto y así lograr satisfacer el interés general y no causar un detrimento al patrimonio público, ni causar ninguna especie de traumatismo en la sociedad.

4. La responsabilidad civil-contractual de las personas jurídicas que ejecuten y desarrollen proyectos de infraestructura y de servicios público de asociación público –privadas por la ocurrencia de riesgos prediales

El artículo 18 de la Ley 1682 de 2013, dispuso que *“Las personas jurídicas que ejecuten proyectos de infraestructura bajo la modalidad de Asociación Público Privado su régimen de responsabilidad será el que se establezca en las leyes civiles y comerciales de acuerdo con el tipo de empresa que conforme”*.

Lo anterior nos señala que el régimen de responsabilidad de estos contratos de concesión de infraestructura y de servicios públicos, es la responsabilidad civil contractual, que es lo que dispone el derecho común, es decir el derecho civil y comercial, lo que da lugar a lo que podemos denominar **una nueva generación de huida del derecho administrativo de las administraciones públicas contemporáneas**” y cuyo juez del contrato es el contencioso administrativo, con las excepciones de los Tribunales de Arbitramento, productos de cláusulas compromisorias, o de cláusulas de compromiso, y el juez disciplinario de los Servidores Públicos es la Procuraduría General de la Nación, el control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República, con las excepciones de las competencias

de las contralorías territoriales, y en materia penal es competencia del sistema penal acusatorio, en cabeza de la Fiscalía General de la República, de los jueces constitucionales de control de garantías, y de los jueces penales de conocimiento.

CAPÍTULO CUARTO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DAÑO PATRIMONIAL EN LA GESTIÓN DE OTROS CONTRATOS TÍPICOS Y ATÍPICOS

SUMARIO 1. La Responsabilidad civil contractual en los contratos típicos. 1.1.-Contrato de consultoría. 1.2.- La responsabilidad civil contractual de las partes en los contratos de prestación de servicios. 1.3.- La responsabilidad civil en los contratos de compra venta y de suministro de bienes, insumos, maquinaria y equipos. 1.4.-La responsabilidad civil en los contratos de enajenación de bienes muebles e inmuebles del Estado. 1.5.-La responsabilidad civil-contractual y el daño patrimonial en los negocios fiduciarios. 1.6.-Contrato de empréstitos nacionales e internacionales. 1.7.- Contrato mercantil de seguros que ampara obligaciones adquiridas por el contratista estatal conforme al Decreto 1082 de 2015. 1.8.-La posición de los órganos de vigilancia y control penal, fiscal y disciplinario en relación el contrato de prestación de servicios genera incertidumbre jurídico. 1.9.-El contrato privado de fiducia mercantil para el manejo de los anticipos en los contratos de obra, concesión, salud o los que se adjudiquen en licitación pública. 2.- La responsabilidad civil en los contratos estatales atípicos.- 2.1.Contrato de leasing. 2.2. Contrato de factoring. 2.3.-Contrato de franquicia. 2.4.-El contrato joint venture. 2.5.-El contrato merchandising. 2.6.- El contrato putting out system. 2.7.- El contrite just in time. 2.8.-El contrato swap. 2.9.-El contrato forward. 2.10.-El contrato opción. 2.11.-El contrato underwriting. 2.12.-El contrato reporte. 2.13.- El contrato outsourcing. 2.14.-El contrato engineering, procurement and construction -EPC

Continuando con el análisis de la responsabilidad civil contractual que se puede generar por la configuración de daños patrimoniales en los diferentes contratos administrativos, es necesario que miremos ahora los demás contratos con sus respectivas características y naturaleza para avanzar en el análisis de los elementos

que integran el correspondiente régimen de responsabilidad en las distintas etapas de la gestión de los contratos estatales, que se derive durante los procesos de contratación y ejecución de estos contratos²¹³.

Pero el propósito no es solamente estudiar los contratos que la doctrina a denominado a clasificados como típicos, sino que conforme a esa misma clasificación nos detendremos en el análisis de los contratos atípicos cuando una de las partes es el estado. La legislación civil y comercial propone la existencia de una clasificación de contratos, señalando en primer término que aquellos que son nominados y regulados por la ley, forman parte de los contratos típicos mientras que aquellos que sin estar prohibido, quedan a la discrecionalidad de las partes, pactados conforme a los principios de la autonomía de la voluntad, entonces no ubicaremos en el concepto de los contratos atípicos.

²¹³ Debe tenerse en cuenta que desde hace ya muchos años esta Sala ha sostenido que: “La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe a quien y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad. “Pero si el acta se suscribe con salvedades o la elabora unilateralmente la administración ante la negativa del contratista a suscribirla, le queda abierta a éste su posibilidad de impugnarla jurisdiccionalmente ante el juez del contrato.” (Sentencia de febrero 20 de 1.987, exp. 4838. Actor: Ingeniería Civil Ltda.) En la sentencia de esta Sección, de julio 6 de 2005 -Exp. 14.113-, se manifestó que existen dos razones que dan soporte normativo a esta exigencia: “A este respecto se debe precisar que, el deber de dejar en el acta de liquidación, en forma clara y concreta, las constancias o reclamaciones, sí tiene fundamento normativo y por eso mismo es exigible en las relaciones contractuales. “En primer lugar, este hecho se funda en el artículo 1602 del Código Civil, aplicable por remisión al derecho de los contratos estatales, según el cual ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.’ No puede perderse de vista que el acta de liquidación bilateral comparte la misma naturaleza del contrato, tanto por su formación como por sus efectos, de modo que lo allí acordado produce las consecuencias a que se refiere el artículo citado. Desde este punto de vista, cuando no se deja en el acta constancia concreta de reclamación, se entiende que no existe inconformidad. “En segundo lugar, este deber se funda en el ‘principio de la buena fe’, el cual inspira, a su vez, la denominada ‘teoría de los actos propios’, cuyo valor normativo no se pone en duda, pues se funda, en primer lugar, en el artículo 83 de la CP, según el cual ‘las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas’, y en forma específica, en materia contractual, en el artículo 1603, según el cual ‘los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa.

Para efectos de este estudio, no sólo es importante abordar los contratos típicos para efecto de la responsabilidad fiscal y del proceso auditor, sino que, resulta igualmente importante estudiar los contratos atípicos y la aplicación del proceso auditor tomando como consideración cuando una de las partes negociantes de estos contratos es una entidad que lo hace con cargos a los recursos públicos, las normas del derecho privado se les debe aplicar de conformidad con los principios del derecho administrativo, aunado a que en cuanto al régimen jurídico aplicable a estos contratos, la doctrina no es pacífica en el tema.

1. La responsabilidad civil- contractual en los contratos típicos

Los primeros contratos que estudiaremos desde la perspectiva de la responsabilidad civil, son aquellos regulados por el EGCAP, que *“por vía enunciativa define alguno de los actos jurídicos que pueden realizar las entidades estatales”*.

El carácter meramente enunciativo de la prescripción refuerza la aplicación supletoria de las disposiciones civiles y comerciales sobre la materia, en lo no previsto expresamente en las regulaciones del estatuto contractual, especialmente en la que dice relación con la nominación de dichos actos y la característica de la unificación de la categoría de los contratos de la administración.

1.1. El Contrato de consultoría

El numeral segundo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define el contrato de consultoría como aquellos *“que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre- factibilidad 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”. “Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”.

Cada una de las modalidades del contrato de consultoría tiene sus propias características, y por tanto, la forma como debe auditarse cada contrato varia en relación a la naturaleza del contrato de consultoría. No obstante lo anterior, el proceso de selección por el cual se elige a los consultores es el concurso de méritos para todas las actividades antes mencionadas, incluyendo los proyectos de arquitectura²¹⁴.

Los contratos de consultoría, obedecen a que los servicios que se contratan con ellos son de aquellos que requieren de gran técnica o científicas etc., de carácter especial, y por tanto su proceso de selección debe obedecer a estos criterios a fin de escoger a la persona que acredite mayor capacidad técnica para la formulación de proyectos. Sobre el proceso de selección para la escogencia de consultores, el Consejo de Estado ha dicho que Es un procedimiento de selección del co-contratante por oposición y en razón de la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística entre los representantes o intervinientes. Si bien el concurso tiene el substrato común de la licitación pública y de los demás procedimientos de contratación, difiere de ellos en que la oposición emergente de la concurrencia no tiene en vista las condiciones de orden técnico-económico-financiero, sino las condiciones de orden técnico-personal. (...). “En otros términos, es un medio de selección de la persona más idónea para ejecutar una prestación pública, de allí que se tenga en cuenta preferentemente las condiciones personales del candidato, v. gr., para proveer un cargo de profesor universitario, para realizar una maqueta de un monumento, proyecto o esbozo o bosquejo de obra, etc., y su aplicación primordial sea a los

²¹⁴ ESCOBAR ENRIQUEZ, Álvaro B. El contrato estatal de obra. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2000. Pág. 62.

contratos *intuitu personae* en que las cualidades técnico-subjetivas sirven de mérito para la selección.

El concurso de méritos para la escogencia de consultores o proyectos, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, se podrá utilizar sistemas de concurso abiertos o de precalificación. Y, aclara la norma que 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.

Evidentemente, el proceso auditor debe contener la evaluación sobre todo el desarrollo del proceso de selección, las características que debe contener el tipo de propuesta, el contenido de los pliegos de condiciones, la estimación del costo de los servicios y el respectivo sustento en las disponibilidades presupuestales, la conformación del comité asesor y demás requisitos del proceso de selección regulado en el Decreto 1082 de 2015.

Para la estimación del valor de los servicios de consultoría y la revisión de la propuesta económica presentada por cada proponente, la entidad estatal debe tener en cuenta que esta debe ser indicada en pesos colombianos, en la que se incluirá el valor del Costo Básico de la Propuesta, el valor del IVA y el Costo Total de la Propuesta, el cual debe cubrir todos los costos en los que vaya a incurrir durante el desarrollo del contrato, expresada en números

El valor del Costo Total de la Propuesta, debe cubrir todos los costos directos e indirectos derivados de los trabajos. Deberá cubrir, entre otros, el costo de las actividades preliminares que se requieren para la iniciación del contrato, los sueldos, jornales y prestaciones sociales del personal vinculado a la Consultoría; los honorarios, asesorías en actividades objeto del contrato, gastos de viajes, horas

extras, transportes, computadoras, equipos de topografía, ensayos de laboratorio, los monitoreos de agua, aire y ruido requeridos por la Secretaría Distrital de Ambiente y los costos que implique el manejo social y ambiental del contrato, los impuestos legalmente a su cargo, las deducciones a que haya lugar y en general todo costo en que incurra el Consultor para la ejecución de los trabajos, la utilidad del Consultor y el Impuesto al Valor Agregado IVA.

Para el caso del IVA, es importante que en cada propuesta se indique si la persona que la presenta es responsable de este, caso en el cual debe informarlo en documento adjunto que certifique tal circunstancia. El mal cálculo de la tarifa o la ausencia de esta en la propuesta económica no genera el rechazo de la propuesta de la misma, toda vez que este impuesto es de regulación legal y su valor porcentual corresponde al establecido en el Estatuto Tributario; por lo cual, la entidad verificará el cálculo del valor correspondiente a la tarifa y efectuará la corrección necesaria y el valor corregido será el tenido en cuenta para la elaboración del contrato que se genere como resultado del presente proceso de selección. Para esos efectos, la entidad podrá realizar una verificación aritmética partiendo del costo básico relacionado en la propuesta, para así, calcular el valor del teniendo en cuenta la tarifa porcentual establecida en el Estatuto Tributario y el costo total de la propuesta, sin dejar de lado que la única corrección que a la entidad les está permitido realizar al valor básico propuesto es el ajuste al peso bien sea por exceso o por defecto, teniendo en cuenta que, no obstante el precio no es un factor de escogencia o selección, si en la propuesta se señala un valor del costo básico superior al 100% del valor del costo oficial básico estimado, serán rechazadas, al igual que la omisión de la presentación de la propuesta económica.

1.1.1. Contrato de consultoría para los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión

Los proyectos prioritarios de inversión hacen parte del plan de inversión de los planes de desarrollo formulados en la Ley 152 de 1994, *“Por la cual se establece la ley orgánica del plan de desarrollo”*. Estos proyectos son una herramienta para la planeación que serán financiados con recursos del respectivo presupuesto de la entidad territorial.

Los proyectos que hacen parte de los planes de desarrollo, se encuentran sometidos a la evaluación que para el caso realice cada órgano de control, en efecto el artículo 27 de la Ley 152 de 1994, establece que los Ministerios, Departamentos Administrativos, la Contraloría, la Procuraduría, la Veeduría, la Registraduría, la Fiscalía y las entidades del orden nacional deberán preparar y evaluar los programas que vayan a ser ejecutados, en desarrollo de los lineamientos del plan y para el cumplimiento de los planes de acción”. Estos proyectos, deben resultar de una debida formulación y planeación de modo que garantice los resultados esperados y la eficiencia en la ejecución del gasto mediante la optimización de los recursos públicos.

En cuanto al control fiscal, los contratos de consultoría para los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, será aplicable preponderantemente un control fiscal macro, sobre la política pública en la formulación de los proyectos, pero no debe olvidarse que al contrato en particular se le aplican los principios del control fiscal micro.

Para la responsabilidad civil contractual como régimen jurídico, estos contratos estatales son necesarios en la medida que garantizan la aplicación del principio de planeación toda vez que para asignar mejor los recursos se requiere mayor información sobre la rentabilidad (financiera, económica y social) de los proyectos e idear mecanismos que permitan programar la inversión en función de dichas rentabilidad.

Igualmente, denotan mucha importancia este tipo de contratos debido a que con ellos se quiere verificar todas las condiciones sobre las cuales se desarrollaran los contratos que tendrán por objeto los proyectos de infraestructura, productivos, sociales etc.; es decir, con la suscripción y ejecución de estos contratos la administración cuente con los soportes económicos, jurídicos, técnicos, ambientales, políticos, sociales que le permitirán una adecuado formulación de la política de inversión pública en la asignación de los recursos.

El objeto en estos contratos de consultoría, básicamente consiste en contar con los estudios que le permita a la administración identificar y selección un proyecto de inversión. La identificación del proyecto se fundamenta en la explicación de los aspectos principales del problema o necesidad y el planteamiento de las posibles alternativas de solución, o la forma como se puede aprovechar una oportunidad". La selección del proyecto, denota gran responsabilidad y por tanto es un poco complejo el proceso de selección de determinado proyecto, toda vez que "los objetivos no suele estar bien clarificados no jerarquizados en los planes y programas de desarrollo y que tampoco es fácil identificar a los beneficiarios (o víctimas) y, principalmente, porque los recursos suelen ser inferiores a las necesidades, lo que determina que ciertos proyectos escogidos, supongan el sacrificio de otros. (Costo de oportunidad).

1.1.2. Contrato de consultoría para estudios de diagnostico, prefectibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos

Los estudios de diagnostico, prefectibilidad y factibilidad al igual que los estudios anteriores, son un requisito para la ejecución de los proyectos de inversión, que para esta fase ya las entidades públicas tiene definidos cual es el proyecto específico el

cual ha sido determinado mediante los estudios previos que analizamos en el punto anterior.

Con los resultados de estos contratos, la administración claramente puede establecer los objetivos del proyectos y desagregar a detalle cada componente del mismo; estos estudios permiten determinar con mayor exactitud las condiciones técnicas, económicas, financieras ambientales, jurídicas del proyecto respectivo.

En esta etapa se depuran, en un mayor grado de detalle, los aspectos de consumo, técnicos, financieros, institucionales, administrativos y ambientales elaborados en la fase anterior (para cada alternativa o variante), y acudiendo si es preciso a información primaria para algunas variables consideradas como relevantes, con el fin de contrastar las hipótesis inicialmente planteada.

Al terminar el estudio de pre- factibilidad se espera, entonces, o mejorar el nivel de información para tomar una decisión más ponderada y pasar al estudio de factibilidad, o proceder al diseño definitivo para ejecutarlo, o abandonar el proyecto de manera temporal o definitiva al no presentar ventajas comparativas que ameriten su ejecución.

Es justamente en los resultados arrojados por estos estudios, en donde los órganos de control colocan especial atención; pues, si los estudios no arrojan resultados favorables para la ejecución del proyecto específico, la administración no puede hacer caso omiso a los resultados de estos estudios y proceder con la actuaciones administrativas tendientes a la ejecución del respectivo proyecto; pues en este caso se estaría en una violación flagrante del principio de planeación.

De otro lado, si los estudios de pre-factibilidad no arrojan una resultados claros ni una alternativa fija sobre la ejecución del proyecto, los estudios deben entonces mejorar su nivel de información que permita que mediante estudios de factibilidad se pueda

establecer de manera definitiva las ventajas de la ejecución del proyecto.

Cuando persisten dudas en torno a la viabilidad del proyecto en algunos de sus aspectos fundamentales, se procede a depurar la información que permita otorgar mejores y más confiables soportes a los indicadores de evaluación. La decisión de pasar de la etapa anterior al estudio de factibilidad debe ser tomada por las altas jerarquías, pues siempre implica su elaboración altos gastos financieros y consumo de tiempo y puede en muchos casos, acarrear considerables costos políticos (en el caso de proyectos de gran complejidad como vías troncales, hidroeléctricas, sistemas de transporte masivo, etc.).

En efecto, del estudio de factibilidad se puede esperar, o abandonar el proyecto por no encontrarlo suficientemente viable o conveniente; o mejorarlo, elaborando un diseño definitivo, teniendo en cuenta las sugerencias y modificaciones que surgirán de los analistas representantes de las alternas fuentes de financiación, o de funcionarios estatales de planeación en los diferentes niveles, nacional, sectorial, regional, local o empresarial.

El estudio de factibilidad es un trabajo inteligente en el que concurren talentos diferentes especializados en las más diversas áreas según su magnitud y complejidad, lo que supone altos costos y tiempo suficiente para su realización, por lo tanto solamente la alternativa seleccionada en el nivel anterior se somete a estudio de factibilidad.

Estos contratos son de gran importancia, toda vez que los proyectos de inversión del estado no pueden ser producto de la improvisación y son necesarios para cada proyecto en particular teniendo en cuenta en materia de ingeniería no hay proyectos iguales y evitan que se haga una mala asignación de los recursos públicos disminuyendo el riesgo a que los proyectos fracasen.

1.1.3. Contrato de consultoría para la asesoría técnica de coordinación, control y supervisión

Las actividades y labores de asesoría técnica de coordinación, control y supervisión son las llevadas a cabo con ocasión de la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones de edificios y viviendas de toda índole, de puentes, presas, muelles, canales, puertos, carreteras, vías urbanas y rurales, aeropuertos, ferrocarriles, teleféricos, acueductos, alcantarillados, riegos, drenajes y pavimentos; oleoductos, gasoductos, poliductos, líneas de conducción y transporte de hidrocarburos; líneas de transmisión eléctrica, y en general todas aquellas actividades relacionadas con la ingeniería a que se refiere el artículo 2 de la Ley 842 de 2003²¹⁵.

Estos contratos son celebrados para obtener por parte de la administración un estudio técnico, sobre avances o el estado de una obra o actividades de las descritas anteriormente, con el objeto de obtener un diagnóstico sobre el estado de las mismas a fin de realizar actividades tendientes a preservar su utilidad. Igualmente, es común ver la celebración de estos contratos para realizar seguimiento a la estabilidad de las obras que realiza una entidad, en donde por la cantidad de las mismas es necesario hacerles seguimiento continuo a fin de poder contar con certeza en caso de llegarse a presentar daños en la estructura.

1.1.4. Contrato de interventoría y supervisión

Como lo hemos propuestos desde el principio de esta obra, su propósito no es estudiar cada tipología contractual de manera aislada, sino que el objetivo propuesto se limita a estudiar cada uno de esos contratos desde el punto de vista de la responsabilidad fiscal. Bajo estos presupuestos, en tratándose de los contrato de

²¹⁵ Cfr. Decreto 1082 de 2015. Decreto Único Reglamentario de los sectores regulados de planeación y de contratación pública.

interventoría lo importante para este capítulo es estudiar el régimen de responsabilidad de los consultores en conjunto con la de los servidores públicos que adelantan los procesos de contratación de la administración pública²¹⁶.

La interventoría, corresponde a una actividad específica que se requiere debido a la necesidad para obtener mejor calidad en las obras contratadas contribuyendo al cumplimiento de la finalidad del Estado. Como contrato estatal, la interventoría “es considerada como un trabajo específico a realizar por profesionales de la arquitectura o de la ingeniería, como personas naturales o jurídicas especializadas, para el control de los proyectos tanto en estudios técnicos, como en la construcción, recalcando la calidad del interventor como representante de la entidad o persona contratante ante el constructor, marcando las condiciones de la relación con el contratante y con el constructor y estableciendo el nivel de responsabilidad por acción u omisión en el cumplimiento de las obligaciones interventoriales.

Para abordar el estudio sobre la responsabilidad de los consultores, encontramos en el EGCAP, las previstas en el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con los numerales que aplican del artículo 26 ibíd., en especial el numeral 8º.

Desde la interpretación de las anteriores disposiciones, tenemos que el EGCAP, señaló que los interventores responderán por la correcta ejecución de las obligaciones pactadas en el contrato, llevando a que el interventor y todos los contratistas de la administración cumplan con todas las obligaciones adquiridas con la suscripción del contrato, en oportunidad logrando eficacia en la gestión pública que adelantan las entidades del Estado no sólo desde el punto de vista contractual sino también como coadyuvante con la entidad pública en el cumplimiento de los fines del Estado en el marco de la constitución y la ley.

²¹⁶ VARGAS CANTOR, Edgar Fernando. Interventoría de obras públicas. Conceptualización y procedimentalización. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá. 2003, Pág. 20.

En cuanto a la labor del interventor, es importante hacer precisión sobre sus calidades y de allí denotar que del cumplimiento de sus obligaciones se puede generar gestión civil contractual y gestión fiscal y por ende sujetos de responsabilidad civil, responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal.. En otras palabras, la responsabilidad de los interventores que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol de supervisor y controlante público, relacionado directamente con una finalidad de interés público a que se compromete en el contrato estatal.

La Contraloría General de la República, por intermedio de la Oficina Jurídica, mediante el concepto 80112- EE52223, proferido el 20 de diciembre de 2004, estableció que era procedente la declaratoria de responsabilidad fiscal de los interventores en los siguientes términos:

“Es importante señalar que el interventor no toma las decisiones, pues este actúa como un delegado de la administración y responde por las acciones u omisiones que le fueren imputables y que causen daño o perjuicio respecto de los contratos en los cuales haya ejercido funciones de interventor.

El interventor debe adelantar la labor encomendada a fin de propiciar el mejor escenario en beneficio de los intereses estatales, la interventoría es fundamental, pues permite corregir errores si se está incurriendo en ellos, modificar algunos aspectos cuando se denota que los mismos pueden acarrear perjuicios en la ejecución del contrato, determinar en el caso de la interventoría de obras, si el contratista está capacitado para desarrollar la misma, continuarla y concluirla, si el servicio se está prestando en los términos pactados y como se requiere, si el bien que se recibe ofrece las condiciones de calidad, cantidad y características exigidas en el contrato, en estas condiciones la interventoría permite en la ejecución del contrato la toma de decisiones a tiempo y en la forma correcta que eviten daños e inconvenientes en la ejecución del objeto contractual y erogaciones

innecesarias.

Dentro de un marco ceñido a la legalidad el interventor no es gestor fiscal, no obstante, si éste incurre en omisiones o realiza actuaciones que conlleven perjuicio a la entidad estatal, o no se advierte a la administración, para que se realicen las actuaciones a que haya lugar tendientes a evitar el daño, podría considerarse la imputación de responsabilidad fiscal por la indebida ejecución de las obligaciones que le fueron encomendadas de acuerdo con su perfil profesional unido a la experiencia adquirida en ejecuciones anteriores, pues no podría alegar su propia culpa la entidad si no realizó una acertada escogencia del interventor.

Lo anterior, dentro de un análisis estricto de las funciones del interventor, y los resultados de sus actuaciones, pues como ya se dijo debe evaluarse la clase de interventoría de acuerdo con el tipo de contrato²¹⁷.

De otro lado, una vez concluido que los interventores son sujetos de gestión fiscal y por ende de responsabilidad fiscal, , es conveniente ahora analizar el contrato de interventoría desde el punto de vista de la responsabilidad civil contractual. De conformidad con la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, el proceso de selección para contratar las interventorías, es el concurso de méritos como bien se explicamos al inicio de este capítulo.

En cuanto al contrato de interventoría, queremos en primer lugar hacer precisión en cuanto al plazo del contrato. Es conveniente precisar que los contratos de interventoría si bien son autónomos, su objeto pende de otro contrato en el que debe cumplir sus deberes contractuales, y por ello es necesario que se tenga en cuenta que los contratos de interventoría deben adjudicarse de manera simultánea al

²¹⁷ Contraloría General de la República. Oficina Jurídica, Concepto No. 80112- EE52223, proferido el 20 de diciembre de 2004

contrato paralelo que va a supervisar, con un esquema de plazo que implique el inicio de manera simultánea y el plazo del contrato de interventoría debe ser superior al del contrato vigilado ya que para liquidarlo se requiere la participación del interventor del mismo.

El tema se encuentra un poco más complejo cuando, el contrato de obra cuenta con varias fases, de esta forma, la duración de los contratos de interventoría sobre los contratos de obra que contengan las etapas de pre -construcción, construcción, se deberá determinar de tal forma que su vigencia cubra la ejecución de todas las fases del contrato, no siendo posible celebrar varias interventorías para la ejecución de cada una de las etapas señaladas, evitando igualmente que durante la fase postcontractual el contrato sobre el que se ejerce la interventoría se quede sin interventoría, pues luego de vencido el plazo de ejecución es evidente que aún quedan algunas obligaciones que sólo pueden cumplirse por fuera del plazo del contrato y hasta su liquidación.

Los interventores según el objeto y las obligaciones, son los representantes, técnicos, científicos, administrativos, ambientales, sociales y legales de la Entidad contratista en el contrato vigilado, por tanto, no hay responsabilidad civil contractual que sea posible atribuir o imputar al deudor de la prestación en la gestión de los contratos estatales, que no sea por la acción u omisión de alguna de las partes ya sea persona natural, jurídica, externo o interno de la Entidad. Pero cuando la interventoría por su acción u omisión contribuye a que se produzca el daño patrimonial, habrá responsabilidad civil solidaria del deudor del contrato celebrado en ejecución y del interventor, a menos que haya una causal excluyente de responsabilidad, o que la causa del daño esté por fuera de las obligaciones adquiridas en el contrato de interventoría o del acto que encargue tales actividades, funciones u obligaciones.

De tal manera que el interventor, no podrá asignar o exculpar el incumplimiento de

sus obligaciones, sus acciones u omisiones en la Entidad pública, si la obligación generadora del daño estaba atribuida de manera expresa en su contrato de interventoría. Tengamos en cuenta que los interventores, en ocasiones para no asumir la responsabilidad que les corresponde, ejercen sus actividades de tal manera que siempre encontrarían excusas para atribuirle a la administración la responsabilidad civil o de cualquier otra naturaleza, ya sea la penal, la fiscal o la disciplinaria, ignorando que la ley estableció las interventorías precisamente para que en nombre de la Entidad cumpliera con tales obligaciones, dada la imposibilidad material de la Entidad pública de vigilar a detalle y de vigilar el día a día de la ejecución del contrato. De no ser así se justificarían las interventorías?. La respuesta es no.

Ténganse en cuenta que conforme al artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, los contratos de consultoría pueden ser exclusivamente de interventoría o contrato de supervisión, o puede ser un contrato de interventoría y de supervisión, es decir, que su objeto contiene los dos componentes. El objeto de los contratos de interventoría, consiste en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen; por su parte, el contrato de supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados.

Por regla general, no es concurrente en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventora, pero es posible desde la perspectiva legal, que la Entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor. El contrato de interventoría será supervisado directamente por la Entidad

pública.

1.1.5. Contrato de consultoría para la asesoría técnica en gerencia de obra o proyectos

Se trata de una de las modalidades del contrato de consultoría, en donde las actividades y obligaciones constituyen en el ejercicio de actividades intelectuales. La asesoría técnica consiste en que el consultor en razón a sus conocimientos especializados desarrolla unas actividades de tipo técnico, científico, ambiental, social, predial, para elaborar productos e insumos que le sirvan a la administración para tomar decisiones administrativas.

La gerencia de obra o de proyectos especiales, igualmente consiste en aquel contrato de consultoría, cuyas actividades y obligaciones hacen relación a la implementación de herramientas e instrumentos para gerencia una obra o un proyecto específico. Se contrata con un consultor, cuando la administración por motivos justificados de estrategia del proyecto u obra, condiciones específicas o especiales contrata un consultor que le imprima a la obra o el proyecto la prioridad y la atención especial, su connotación, inspección, vigilancia para asegurar su efectividad, eficacia, eficiencia, consistencia y materialización.

1.1.6. Contratos de consultoría para la dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos

Los contratos de estudios y diseños, corresponden a aquellos que tiene por objeto establecer los parámetros y detalles de un proyecto, estableciendo un esquema del respectivo proyecto. Los diseños son necesarios en la medida que ellos establecen los planos o bosquejo que permiten valorar el alcance de la obra, redes, etc.

Los diseños como requisito previo para abrir procesos de selección, deben ser suficientes y necesarios para que los participantes en el proceso de selección, la ciudadanía en general y entes de control, conozcan y puedan valorar el alcance de las obras previstas para contrato a adjudicar.

Para efectos de la responsabilidad civil, es importante señalar que la información de estudios y diseños que entrega la entidad a los oferentes según la ley deben ser definitivos. Esta definición para efectos de la apertura de un proceso selectivo, de la adjudicación y celebración de los contratos no tiene un alcance absoluto, toda vez que hace relación al carácter de suficiencia, es decir, son los diseños necesarios para elaborar las ofertas, evaluarlas, adjudicar el contrato y ejecutarlo, pues la doctrina unánime de las ciencias técnicas de la ingeniería y la arquitectura convienen en aceptar que no es posible la existencia de estudios técnicos definitivos al momento de ordenar la apertura de un proceso de selección, toda vez que de manera reiterada todo proyecto que requiere estudios técnicos y de diseño es susceptible de ajustes, complementaciones, adaptaciones, actualizaciones por necesidades impuestas por externalidades al proyecto contratado, siendo solo posible técnicamente hablando obtener los diseños definitivos con el plano record, que solamente se obtiene y se conoce cuando se termina la construcción de la obra.

En tratándose de planos, diseños o anteproyectos, la información al detalle sobre los mismos de manera definitiva es muy compleja y de allí la necesidad de realizar ajustes a los mismos como una consecuencia lógica de la satisfacción del interés público y para alcanzar los fines estatales, circunstancia que se adecua a lo establecido en el numeral 3º del artículo 26 del EGCAP, cuando establece que los diseños deben ser los necesarios para abrir el proceso de selección, pero no podemos interpretar esta disposición como si los diseños fueran definitivos en un ciento por ciento toda vez que las condiciones en las cuales se realizaron dichos planos muy probablemente varían con el tiempo en la época de apropiación de los diseños por parte de

constructor.

De lo anterior, tenemos que la administración se encuentra habilitada para ajustar los estudios y diseños originales, cuando se detecte que estos resultan inadecuados. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha manifestado:

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

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, sobre este punto, prevé que “los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan funciones de consultoría, interventoría o asesoría”.

“Por consiguiente, si técnicamente se determina que las fallas o errores en los diseños son imputables al consultor contratado para el efecto, y no a las deficiencias en los términos de referencia bajo los cuales se celebró el contrato de consultoría, la administración municipal deberá llamarlo a responder por los perjuicios que se deriven de sus actos, hechos u omisiones. Recuérdese que la responsabilidad del consultor se predica en razón a las obligaciones y a su rol dentro de la actividad contractual, ya que de la diligencia y cabal cumplimiento del contrato de consultoría depende la estructuración del pliego de condiciones que rige la contratación de la obra

pública consiguiente”.

1.2. La responsabilidad civil en el contrato de prestación de servicios

De acuerdo con lo establecido en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios son *“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”.* Y que además, *“en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.*

Según la definición antes transcrita de la Ley 80 de 1993, estos contratos sólo podían celebrarse con personas naturales, de la misma forma como lo entendió la jurisprudencia constitucional, pero el Decreto 165 de 1997 había dado la posibilidad de que estos contratos puedan celebrarse con personas naturales o jurídicas. Así mismo, las disposiciones del decreto 2209 de 1998, que modificó parcialmente de los decretos 1737 de 1998, que fue modificado a su vez por el decreto 212 de 1999, y el decreto 1738 de 1998, disposiciones que facultaron para que los contratos de prestación de servicios fueron celebrados con personas jurídicas.

En el ordenamiento jurídico colombiano existen distintas clases de contratos de prestación de servicios las cuales dependen de la naturaleza jurídica del asunto a tratar; esto es, si se trata de un asunto de carácter civil, o comercial, o laboral. Los contratos de prestación de servicios serán privados si los celebran particulares entre sí; y serán estatales si una de las partes es una entidad estatal. Debido a que los contratos que son objeto del presente capítulo son contratos de prestación de servicios celebrados por la administración sólo será esta clase de contratos la que será abordada en el presente escrito.

El contrato de prestación de servicios es un contrato que tiene por objeto realizar, con personas naturales o jurídicas, actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de una entidad pública cuando ellas no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Las características que presenta el contrato de prestación de servicios son las siguientes:

“La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.

La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales del contrato de trabajo (...) surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas de las relaciones de trabajo.”

La celebración de esta clase de contratos es indispensable para la administración debido a la necesidad apremiante que tiene de cubrir las deficiencias que no pueden ser subsanadas con el personal de planta. Por lo anterior, es *“que cuando el Estado requiera de personal diferente a aquél que se encuentra previsto en su planta de personal, cuenta con autonomía para contratar, razón por la cual los contratos estatales no son un fin en sí mismo sino un medio para la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz”*.

Sin embargo esta autonomía para contratar, que está respaldada en la autonomía de la voluntad, es reglada en la medida en que sus fines los establece el orden jurídico público, limitando así la independencia de las entidades estatales. Esta limitación se demuestra con el hecho de que la decisión de contratar o no, no es una facultad discrecional de la administración, sino que viene impuesta por la necesidad del servicio. Igualmente la escogencia del contratista debe obedecer a una selección objetiva y *“la fijación del precio, el plazo y las condiciones generales del contrato no pueden corresponder al mero arbitrio del administrador, sino que deben estar acordes con la naturaleza, duración y condiciones del contrato, buscando siempre la defensa del erario y procurando la calidad de los servicios u obras contratadas”*.

No obstante lo anterior, de acuerdo con la Corte Constitucional la limitante mayor a la autonomía contractual de la administración pública se refiere a que los contratos de prestación de servicios no pueden significar el ejercicio de funciones públicas de manera permanente.

En Sentencia C-154 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara, la Corte Constitucional al referirse a que la función de contratación administrativa es una función reglada señaló: *“Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las*

finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación. Así, la decisión de contratar o de no hacerlo no es una opción absolutamente libre sino que depende de las necesidades del servicio; de igual modo, la decisión de con quién se contrata debe corresponder a un proceso de selección objetiva del contratista, en todos los eventos previstos en la ley ; y tampoco pueden comprender el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, de manera que, la relación jurídica con quien se contrata es totalmente distinta a la que surge de la prestación de servicios derivada de la relación laboral y de los elementos propios del contrato de trabajo. Las estipulaciones sobre el precio, el plazo y las condiciones generales del contrato no pueden pactarse en forma caprichosa ya que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y a las que resulten más convenientes para la entidad estatal²¹⁸.

a. Contrato de prestación de servicios en el decreto- ley 150 de 1976

El primer Estatuto General de Contratación que hubo en Colombia fue el que se expidió por medio del Decreto Ley 150 de 1976. Ante la gran cantidad de normas existentes para distintos tipos de contratos y ante la necesidad de que crear una serie de principios generales que rigieran para la contratación pública en Colombia, correspondió al gobierno de Alfonso López Michelsen regularla en un sólo estatuto. En el año 1974 el Congreso de la República expidió la ley de facultades extraordinarias que las atribuyó al Gobierno Nacional para regular el tema contractual. En virtud de esta ley el Gobierno expidió el Estatuto General de Contratación.

A partir de este momento empieza la codificación de una serie de principios, normas,

²¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara.

tipologías, procedimientos y reglas, efectos y cláusulas de los contratos aplicables a toda la administración pública. De este Estatuto debe resaltarse que fue el primero que buscó clasificar los distintos contratos administrativos.

Este Decreto incluyó el contrato de prestación de servicios como uno de los contratos que podía celebrar la administración, (Art. 67) haciendo énfasis que este era un contrato especial cuya normatividad aplicable se desprendía del mismo Decreto. Esto se deduce del artículo 67 citado cuando menciona que: *“las normas del presente estatuto sólo son aplicables a los contratos señalados en el inciso anterior; las demás clases de contratos continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos”*.

En el artículo 138 del Decreto 150 de 1976 se señaló, que el contrato de prestación de servicios era el *“celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta. No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas.”* Las personas naturales que celebraran esta clase de contratos sólo tendrían derecho a los emolumentos pactados y en ningún caso podrían pactarse el pago de prestaciones sociales, estos contratos sólo podrían celebrarse por un término máximo de cinco (5) años y con personas jurídicas o naturales con el fin de aprovechar conocimientos y aptitudes especiales de carácter técnico.

b. Contrato de prestación de servicios en el decreto- ley 222 de 1983

Al poco tiempo de haber sido expedido el Decreto Ley 150 de 1976, empezaron a aparecer vacíos en dicha legislación. Por ejemplo habían *“contratos que no habían sido lo suficientemente regulados: la exorbitancia debía precisarse y ampliarse con*

los derroteros jurisprudenciales; se había dejado en la incertidumbre en el régimen departamental y municipal; las nuevas formas de participación contractual que habían comenzado a nacer no estaban reglamentadas; las excepciones al proceso licitatorio debían ser más estrictas; la clasificación de contratos era insuficiente y precaria". En virtud de lo anterior, el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas por la ley 19 de 1982 del Congreso de la República, expidió en el año 1983 el decreto 222 por medio del cual se expidieron normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas. Este decreto tuvo la particularidad de establecer una dicotomía entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración.

En el artículo 16 se clasificaron los diferentes contratos de la administración incluyendo el contrato de prestación de servicios personales como un contrato administrativo. La inclusión como un contrato administrativo tuvo dos implicaciones jurídicas. La primera de ellas consistía en que cualquier controversia que se suscitara en la ejecución de un contrato de prestación administrativo debía ser resuelta en la jurisdicción contenciosa administrativa. La segunda, fortaleciendo el régimen jurídico de los contratos de prestación de servicios los cuales debían entenderse como un contrato administrativo típico distinto a los contratos de prestación de servicios celebrados por particulares.

En el artículo 163 del Decreto 222 de 1983, se definió el contrato de prestación de servicios como aquel que era celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante cuando las mismas no pudieran cumplirse con personal de planta. Así mismo, se señaló que los contratos de prestación de servicios no podrían ser celebrados para el ejercicio de funciones administrativas salvo que existiera una autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que hiciera sus veces.

El artículo 164 del mismo decreto, señaló que eran contratos de prestación de servicios, entre otros, *“los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, servicios de salud distintos de los que celebren las entidades de previsión social, edición, publicidad, sistemas de información y servicios de procesamiento de datos, anegamiento de aduanas, vigilancia, aseo, mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos, instalaciones y similares.”*

Del decreto 150 de 1976, se mantuvo la prohibición de contratar por un término superior a cinco (5) años pero se incluyó en este término cualquier prórroga que se realizara al contrato. También se señaló que las entidades podrían celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales y jurídicas con el fin de obtener y aprovechar conocimientos especiales de carácter técnico y se añadió que los conocimientos también podían ser de carácter científico. En el caso de la remuneración se señaló que los contratistas sólo tendrían derecho a los emolumentos expresamente convenidos y que en ningún caso se podría pactar el pago de prestaciones sociales.

Según el Consejo de Estado, el contrato de prestación de servicios en vigencia del Decreto 222 de 1993, era un contrato administrativo típico en virtud del cual *“el contratista se comprometía a poner su fuerza de trabajo al servicio de la entidad contratante para la realización de una actividad específica relacionada con el cumplimiento de las funciones a cargo de aquella, obviamente a cambio de un pago, puesto que se trata de un contrato oneroso; es decir que la remuneración del contratista es un elemento esencial del contrato de prestación de servicios, puesto que sin ella, degeneraría en otra clase de contrato.”*

c. Contrato de prestación de servicios en la ley 80 de 1983

En el año 1993, el Congreso de la República cumpliendo con la función constitucional impuesta por artículo 150 de la Carta Política expidió la Ley 80 de 1993. De acuerdo con Carlos Eduardo Naranjo Flórez, *“varios aspectos determinaron la obsolescencia del anterior régimen de contratos entre los cuales se destacan: a) la complejidad de la actividad del Estado y, por consiguiente, la necesidad de ampliar y regular diversos tipos de contratos y regímenes; b) la falta de unos principios orientadores para toda la actividad contractual del Estado; c) el impulso adquirido por la jurisprudencia en temas como los derechos y los deberes de las partes, régimen de inhabilidades, el principio de equilibrio de la ecuación contractual, la transparencia y publicidad de las decisiones oficiales, la participación comunitaria; d) los mecanismos de selección de contratista que ameritaban la regulación de las excepciones y un mayor control en toda la actividad precontractual de las entidades estatales (...) e) evitar los vacíos legales que permitieron el incremento de la corrupción; f) la creación de nuevos entes públicos no cobijados en el estatuto anterior, y por último, g) la necesidad de establecer regímenes especiales, con sus reglas para cierto tipo de contratos.”*

El contrato de prestación de servicios fue definido en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 así:

“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 o jurídicas cuando dichas actividades no puedan realizarse con el personal de planta o que requieran conocimientos especializados.

Estos contratos no generan en ningún caso relación laboral ni prestaciones sociales (...) se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

Como se puede ver, al igual que en las legislaciones anteriores se mantiene el concepto de que el contrato de prestación de servicios es el que se celebra con el objeto de desarrollar actividades con la administración o funcionamiento de la entidad. Adicionalmente, se mantiene el requisito normativo que señala que sólo podrán celebrarse estos contratos cuando las actividades mencionadas no puedan realizarse por personal de planta.

En las anteriores legislaciones se señaló que estos contratos también podrían celebrarse para aprovechar conocimientos especiales de carácter técnico y científico; sin embargo, el legislador de 1993 no limitó la condición de los conocimientos a asuntos técnicos y científicos ya que manifestó que era posible celebrar contratos de prestación de servicios cuando se requiriera de conocimientos especializados. Como se puede ver, la Ley 80 permitió la celebración de estos contratos cuando fuera necesario contar con los servicios de una persona natural o jurídica cuando se necesitara acompañamiento en cualquier área de conocimiento siempre y cuando la persona a contratar fuera especializada en la misma.

Si bien, lo anterior implicó un avance importante en relación con el contrato de prestación de servicios, quizá lo más novedoso que trajo este nuevo Estatuto General de Contratación fue el hecho de que introdujo un nuevo concepto de prestación de servicios como lo fue el contrato de prestación de servicios profesionales.

En el literal d, del artículo 24 de la Ley 80 se indicó que era posible prescindir de la utilización de licitación pública o concurso público la contratación para la *“prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.”*

Esta nueva especie de contrato que se enmarcaba dentro del género de contratos de prestación de servicios se introdujo en la Ley 80, sin embargo, como se explicará

a continuación, fue el Gobierno Nacional, en uso de su facultad reglamentaria otorgada por el artículo 189 de la Constitución Política, quien por medio de la expedición del Decreto 2170 de 2002 definiría las características de este tipo contractual.

d. Contrato de prestación de servicios en el decreto 2170 de 2002

En el artículo 4 del Decreto 2170 de 2002, el Gobierno señaló que *“para la contratación que tenga por objeto la prestación de servicios especializados, se hará uso de factores de calificación destinados a valorar primordialmente los aspectos técnicos de la oferta, así como la experiencia relevante del oferente en el campo de que se trate”*. Adicionalmente, en el artículo 13 del mismo artículo indicó que *“los contratos de prestación de servicios profesionales, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas (...) la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita. De igual forma se procederá”*.

Como se puede ver, en el Decreto se incluyeron dos factores subjetivos que debían ser estudiados por una entidad estatal para contratar estos servicios directamente. Estos factores son i) idoneidad y ii) experiencia, los que definiré más adelante, lo importante es resaltar que en este Decreto se definieron las condiciones requeridas para celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales, nueva especie dentro del contrato de prestación de servicios que permitiría un apoyo calificado a todas las entidades estatales.

Por último, es importante mencionar que el Decreto 2170 definió una segunda clase

de contratos de prestación de servicios que es aquella que se celebraba como apoyo a la gestión. Este contrato se diferenció del contrato de prestación de servicios profesionales en la medida en que para esta clase de contratos no condicionaba su celebración a la exigencia de conocimientos especializados por lo que se requería en cualquier caso que no hubiera personal de planta para desarrollar una actividad específica.

e. Contrato de prestación de servicios en la ley 1150 de 2007

La ley 1150 de 2007, cuerpo normativo por medio del cual se introdujeron medidas de eficiencia y transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictaron disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos, incluyó **la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, así como la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan determinarse a determinadas personas naturales** dentro de aquellos contratos que podían celebrar las entidades estatales directamente. Esta fue la única mención que se hizo en esta Ley en relación al contrato de prestación de servicios. Se debe aclarar que si bien el artículo 24, numeral 21 de la Ley 80 fue derogado, el artículo 32 de la misma ley que define este tipo contractual continúa vigente.

f. Contrato de prestación de servicios en el decreto 066 de 2008

El Decreto 066 de 2008, fue expedido el día 16 de enero de 2008, fecha en la cual cobraría vigencia la Ley 1150 de 2007. Sin embargo este Decreto sólo estaría vigente hasta el 7 de julio de 2008 fecha en la cual sería derogado en su integridad, salvo el artículo de vigencias, por el Decreto 2474 de 2007.

No obstante lo anterior, debido a que estuvo vigente y fue implementado por las entidades estatales durante el tiempo que rigió, considero importante hacer mención a lo que este Decreto señalaba sobre el contrato de prestación de servicios.

En el artículo 81 del Decreto 066 de 2008 se dijo: *“Para la prestación de servicios profesionales la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita. De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar. Los servicios profesionales corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad. Los servicios de apoyo a la gestión serán aquellos en los que la persona contratada realiza labores predominantemente materiales y no calificadas, para la atención de necesidades de la entidad, sin que sea posible entender comprendida dentro de los mismos, la contratación de actividades que supongan la intermediación de la relación laboral, ni la contratación de empresas de servicios temporales”*

Este Decreto derogaría el Decreto 2170 de 2002 salvo los artículos 6, 9 y 24 del mismo. Algo importante que trajo en relación con este contrato es que distinguió los servicios profesionales a los servicios de apoyo a la gestión de acuerdo a la naturaleza de las actividades a desarrollar. Según este Decreto, los servicios profesionales eran aquellos en donde predominaba el factor intelectual, por el contrario, los contratos de apoyo a la gestión eran aquellos en donde se desempeñaban actividades materiales. Esta clasificación sería derogada por el Decreto 2474 de 2008.

g. Contrato de Prestación de servicios en el decreto 2474 de 2008

Como se explicó, el Decreto 2474 de 2008 derogaría el Decreto 066 de 2008 el cual sólo estuvo vigente por un poco menos de siete meses. Sin embargo el Decreto 2474 de 2008 mantuvo vigente el artículo 83 –de las vigencias- del Decreto 2474 de 2008 en donde se derogaba el Decreto 2170 de 2002 salvo los artículos 6, 9 y 24 del mismo.

En lo relacionado con el contrato de prestación de servicios, el artículo 82 del Decreto reglamentario indicó que para la *“prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita. Los servicios profesionales de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad. Para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato”*.

Este Decreto mantuvo la clasificación en contratos de prestación de servicios profesionales y prestación de servicios de apoyo a la gestión incluida en el Decreto 2170 de 2002, así como algunos de los requisitos y condiciones necesarias para su contratación.

Teniendo en cuenta que los contratos de prestación de servicios son de aquellos que pueden clasificarse dentro de los contratos de prestación de servicios profesionales, a continuación se indicará en que consisten y que se requiere para su celebración.

h. El Contratista de prestación de servicios conforme a la Ley 1474 de 2011 es sujeto disciplinable, gestor fiscal y responde en materia penal conforme al régimen de los servidores públicos y el decreto 734 de 2012, decreto 1510 de 2013

Los contratistas de prestación de servicios en cualquiera de sus modalidades, conforme al artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, son sujetos disciplinables cuando quiera que conforme al objeto y a las obligaciones adquiridas por el contratista ejerzan funciones públicas o administrativas ya sea de manera permanente o transitoria. Se les aplica el régimen de los particulares previstos en el artículo 53 y las faltas del artículo 55 de la Ley 734 de 2002, modificadas por el artículo 1474 de 2011, de tal manera que si el contrato de prestación de servicios se utiliza para contratar asesoría jurídica, administrativa, técnica, científica, social, ambiental, económica, financiera, ya sea a través de contratos de prestación de servicios de asesoría externa, profesionales, de apoyo a la gestión, especializada cualquiera denominación o apellido que se le dé, son sujetos disciplinables ya que las labores de asesoría a la gestión, actuaciones, funciones, obligaciones, cometidos estatales, o denominación que se le dé, implica el ejercicio de una función pública. Ello es lo que quiere decir el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, cuajo modifica el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, que le asigna responsabilidad penal, fiscal y disciplinaria derivadas del contrato de consultoría o asesoría.

Cuando habla de contrato de asesoría no distingue la naturaleza o apellido que se le asigne, esto es que si se trata de los contratos de prestación de servicios externos, contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión, contratos de asesoría especializada o contratos de prestación de servicios profesionales de todas maneras están sujetas a la acción disciplinaria de la que es titular la Procuraduría General de la Nación.

Ello encuentra justificación en la medida en que el Estado acude excepcionalmente a ellos con la finalidad de suplir falencias que no puede hacer con personal de planta de la entidad, ya por insuficiente o porque no tiene el conocimiento o la experiencia especializada que ello exige, y los productos que elabore o sobre los cuales ejerce la asesoría son la causa eficiente para la toma de decisiones, y su responsabilidad disciplinaria está dada en la medida en que si el servidor público responde por las decisiones que tome en un asunto particular con mayor razón quien con su conocimiento especializado y en virtud de un contrato especialísimo lo índice a acoger su asesoría, concepto o dictamen y tomar la decisión en nombre de la administración pública.

i. Contrato de prestación de servicios profesionales en la ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015

En la actualidad los contratos de prestación de servicios profesionales encuentran su sustento legal en el Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 1082 de 2015, en este último se mencionan tanto las condiciones subjetivas que se deben evaluar para celebrar este tipo de contrato, que en cualquier caso siempre se hará directamente.

De acuerdo con Jaime Orlando Santofimio Gamboa, los contratos de prestación de servicios profesionales son aquellos que *“se celebran con personas naturales o jurídicas que puedan ser calificadas como profesionales (abogados, economistas, universidades, etc.), siempre serán de contratación directa con independencia de su cuantía.”* Adicionalmente, señala que *“si nos encontramos ante la hipótesis de una contratación de prestación de servicios profesionales, a la que adicionalmente se le incorpora la exigencia de que el proponente sea altamente especializado en aspectos técnicos y con experiencia relevante en el área de interés de la administración, el procedimiento variaría (...) en favor exclusivo de la contratación directa, en cuanto esta contratación dependería de lo dispuesto en el literal del*

artículo 24 I. (...) En este sentido, cuando el interés de la administración sea tener un contratista que le preste servicios especializados en asuntos altamente técnicos y con experiencia en el área de las necesidades públicas deberá privilegiar para su escogencia variables y factores de (sic) le permitan seleccionar al mejor en estos aspectos.”

Se trata entonces de contratos de prestación de servicios profesionales que exigen un alto nivel de especialización en el área de interés de la entidad pública y que debido a esta condición es posible contratar directamente. Ahora bien, contratación directa no significa contratación **“a dedo”**. La contratación directa debe respetar el principio de selección objetiva razón por la cual la entidad debe verificar la idoneidad y experiencia del posible contratista para dar cumplimiento a los objetivos de la entidad y en consecuencia a los fines estatales.

En consecuencia la selección del contratista debe obedecer a criterios de i) idoneidad y ii) experiencia los cuales deberán ser evaluados por la entidad para garantizarle que quien preste el servicio sea uno de los mejores en la materia requerida.

j. De la selección del contratista de prestación de servicios profesionales

Actualmente, el procedimiento de contratación para la selección del contratista de prestación de servicios profesionales se encuentra en el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015, antiguo artículo 81 del Decreto 1510 de 2014, es decir, la contratación directa. Sin embargo, es importante señalar que desde el año 2002, con el Decreto 2170 se establecieron las condiciones que deberían ser tenidas en cuenta por las entidades estatales para contratar este tipo de servicios. Estas condiciones consistían en que la persona con quien se pretendía contratar el servicio haya demostrado idoneidad y experiencia que debe estar directamente relacionada con el área requerida por la entidad. El contrato de prestación de servicios profesionales debía celebrarse directamente por la entidad que requiera del servicio, sin que sea

necesario haber obtenido pluralidad de ofertas.²¹⁹

Ahora bien, el hecho de que la ley señale que la contratación para la prestación de servicios profesionales sea de manera directa no significa que no deba soslayarse el principio de selección objetiva. Este principio es uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación pública en derecho colombiano, ya que es su obligación mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, con independencia del procedimiento utilizado para estos efectos.

En virtud de este principio, el legislador buscó romper con los privilegios para la selección de un contratista, permitiendo que todos los *“sujetos del mercado que puedan proponerle a la administración bienes, servicios y demás objetos para atender sus necesidades lo hagan de acuerdo con las exigencias de los correspondientes pliegos, compitiendo bajo condiciones de igualdad de acuerdo con sus capacidades, experiencia y conocimientos, para que de esta manera puedan las entidades estatales identificar al proponente más favorezca a la entidad.”*

Así, la selección objetiva se materializa, en concordancia con el inciso 1 del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, cuando se escoge al contratista más favorable a la entidad y a los fines que ella *busca “... sin tener en consideración factores de afecto o de interés, y cualquier clase de motivación subjetiva...”*

Según el Consejo de Estado, *“la selección objetiva es un deber – regla de conducta en la actividad contractual, un principio que orienta los procesos de selección tanto de la licitación pública como de contratación directa, y un fin pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación (...) la contratación, sea mediante licitación*

²¹⁹ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Legis Editores Bogotá. 2001. Pág. 34. Y ss.

o concurso públicos (sic) o contratación directa, la administración está obligada a respetar los principios que la rigen – transparencia, economía y responsabilidad – y los criterios de selección objetiva establecidos en las bases del procesos para la escogencia del contratista al que se le adjudicará el contrato por haber presentado la mejor propuesta, tales como el cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc., los cuales deberán ser previamente analizados y evaluados por la entidad con arreglo a las condiciones del pliego que rigen el respectivo procesos, con el fin de determinar en forma motivada que la propuesta elegida resulta ser en realidad la más ventajosa.”

En palabras del tratadista Jaime Orlando Santofimio, *“La disposición del derogado artículo 3º del Decreto 855 de 1994 llevaba a que tan solo unos pocos accedieran a la contratación, cuando en la realidad de las cosas las entidades públicas lo que estaban buscando para el cumplimiento de sus necesidades extraordinarias o para asuntos especiales era un profesional, persona natural o jurídica, idóneo o con experiencia en una determinada profesión o actividad profesional o científica, de las que se podía encontrar muchas en la oferta del mercado profesional de personas naturales o jurídicas. En el nuevo modelo basta con acreditar la experiencia o la idoneidad para cumplir con la objetividad exigida por los principios generales de la contratación pública.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que el contrato de prestación de servicios profesionales ya no es un contrato intuitu personae. No es necesario que la entidad estatal deba indagar a lo largo y ancho del país para encontrar el mejor sujeto que existe en el territorio para desarrollar una actividad determinada. La entidad lo que debe hacer es verificar que la persona natural o jurídica con quien se pretende contratar sea altamente especializada, que cumpla con la idoneidad y que tenga la experiencia adecuada en el área requerida por la entidad para que desarrolle esta

actividad de la manera más ventajosa para la misma²²⁰.

²²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Rad. 24.715 y otros Acu. Cp.- Ruth Stella Correa Palacio. "... Las características de los contratos de prestación de servicios en cualquiera de sus modalidades a la luz del artículo 32 No 3 de la ley 80 de 1993 se caracteriza de la siguiente manera: "... a). Pueden ser celebrados por cualquier entidad estatal que tenga capacidad para contratar, según lo previsto en el artículo 2 numeral 1. de la Ley 80 de 1993. b). Es posible su celebración con personas naturales o con personas jurídicas. Con personas naturales cuando se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad que no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Y, no obstante que la norma no lo señala, es conforme a derecho concluir que también es admisible suscribir este tipo de contratos con personas jurídicas, como así lo indica el artículo 24, numeral 1o, letra d), en el cual se señala la posibilidad de acudir a los mismos "[p]ara la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas (...)." c). Tienen por objeto desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones a cargo de la entidad contratante, con la condición de que tales actividades o funciones no puedan cumplirse con el personal de planta por ser insuficiente o porque se requieran conocimientos especializados. d). La relación que se genera entre entidad contratante y contratista no goza del carácter de relación laboral. e). No pueden pactarse por término indefinido, sino por el plazo estrictamente necesario e indispensable (inciso 2o. Del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993).

de este negocio jurídico de la administración y las dos últimas características anotadas previenen que no se utilice el contrato de prestación de servicios para establecer plantas paralelas con carácter permanente en las entidades públicas, en desconocimiento del régimen laboral, tal y como lo ha advertido esta Corporación al recalcar que no puede suplirse la vinculación de los servidores públicos a los cuadros del servicio oficial a través de estos contratos. f). En el marco de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebran las entidades públicas –incluyendo los de prestación de servicios- se rigen por las disposiciones civiles y comerciales que disciplinan el tipo comercial utilizado por la administración y las especiales previstas en dicho estatuto público contractual (artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993). g). No son obligatorias las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, salvo en materia de prestación de servicios públicos, en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pero ello no obsta para que si se estima conveniente se puedan pactar. De otra parte, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que en el ordinal 1o establece los precisos eventos en los que la escogencia del contratista puede realizarse directamente, en la letra d) señala como uno de ellos "la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas." De esta norma del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública puede colegirse que los únicos contratos de prestación de servicios que permiten ser celebrados en forma directa involucran estas actividades: i) las profesionales, esto es, los que se prestan por personas que ejercen especialmente una profesión; ii) las de trabajos artísticos, es decir, relacionados con trabajos en las artes; y iii) las que tienden al desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas. Como puede apreciarse, el contrato de prestación de servicios, en las voces del artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, es una manera de vincular a los particulares para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad y si bien aquellos que involucren servicios profesionales o ejecución de trabajos artísticos o el desarrollo de actividades artísticas se subsumen en una causal de contratación directa, no por ello se puede aseverar que se trata de dos modalidades de contratos, unos regidos por el artículo 32 citado y otros por el artículo 24 numeral 1 letra d, pues lo cierto es que se refiere a un mismo tipo contractual, pero con procesos de selección que pueden ser disímiles..." Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Rad. 24.715 y otros Acu. Cp.- Ruth Stella Correa Palacio."

d). La

Precisament

k. De la idoneidad

El artículo 26 de la Constitución Política Colombiana señala: “Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.”

Teniendo en cuenta que los contratos de prestación de servicios profesionales que son objeto de la presente investigación se celebraron para contratar los servicios de diferentes abogados, se considera que es importante referirse a la forma como se certifica la idoneidad de quienes ejercen la abogacía en Colombia.

Por ejemplo, de conformidad con el numeral 20 del artículo 85 de la ley 270 de 1996, corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura *“Regular, organizar y llevar el Registro Nacional de Abogados y expedir la correspondiente Tarjeta Profesional, previa verificación de los requisitos señalados por la ley.”*

El Decreto 196 de 1971, “por medio del cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía,” indica en su artículo 3 que es abogado “quien obtiene el correspondiente título universitario de conformidad con las exigencias académicas y legales.” En este orden de ideas, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura lo que tiene que verificar es que quien solicita la expedición de la tarjeta profesional cumpla con este requisito de ley. Si la persona acredita este requisitos, el Consejo Superior de la Judicatura estará obligado a expedir la tarjeta profesional respectiva que será la forma como el sujeto podrá acreditar que es abogado para todos los efectos

legales pertinentes.

Lo anterior guarda relación con el artículo 26 de la Constitución Política en donde se establece que la ley podrá exigir títulos de idoneidad. En relación con este tema la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la categoría jurídica de la libertad de escoger o elegir libremente la profesión, el arte, la ocupación o el oficio, que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional, emana de libertad general de actuar y constituye una de las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Nadie puede imponer a una persona el ejercicio de una ocupación habitual, ni impedirle el desarrollo de la actividad laboral que corresponda a sus conocimientos o a sus dotes.

Sin embargo, en aras del bien común siempre podrá el Estado exigirle la demostración de la capacidad que tiene para desempeñar las labores propias de la actividad en la cual eligió ocuparse, como es la exigencia de los títulos de idoneidad.

El Constituyente de 1991 distingue entre los oficios que no exigen formación académica y los que sí la demandan. El ejercicio de los primeros es libre, a menos que ellos impliquen un riesgo social. Los segundos quedan sujetos a la exigencia legal de títulos de idoneidad los cuales se refieren no tanto al derecho de ejercer la actividad elegida, sino de cumplir con unos requisitos y exigencias por ella impuestos. De esta forma, para poder garantizar la legitimidad de dichos títulos en actividades que comprometen el interés social, se requiere, en ciertos casos, de licencias, matrículas o certificaciones públicas en las cuales se da fe de que el título de idoneidad fue debidamente adquirido en instituciones aptas para expedirlo.

Así las cosas, se tiene que la forma como un abogado en Colombia debe acreditar la idoneidad es mediante la presentación de su tarjeta profesional de abogado.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que con la celebración de contratos de prestación

de servicios profesionales lo que la entidad está buscando es que la persona a contratar sea altamente especializada en el área de interés de la entidad, lo cierto es que la presentación de la tarjeta profesional no basta para que la persona cumpla con este requisito de idoneidad porque la entidad puede exigirle la acreditación de documentos y títulos adicionales que le permitan llegar a la convicción de que esta contratando al experto.

I. De la experiencia

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, experiencia es la *“práctica prolongada que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo”* o el *“conocimiento de la vida adquirido por las circunstancias o situaciones vividas”*.

Para poder celebrar contratos de prestación de servicios profesionales, las entidades estatales deben verificar que las personas con quien se pretenda contratar tienen experiencia relacionada con las actividades que la entidad necesita que sean desarrolladas. Así las cosas, además de exigirle al sujeto una idoneidad o un conocimiento técnico especializado, la persona debe haber practicado de manera prolongada actividades relacionadas con el área requerida por la entidad.

Para evaluar la experiencia, la entidad estatal podrá valerse de cualquier medio de prueba como lo pueden ser certificados laborales, hojas de vida, llamadas telefónicas, correos electrónicos, entrevistas para verificar que la persona efectivamente se ha desempeñado en el transcurso de su vida en las actividades desarrolladas lo cual ha servido para fortalecer los conocimientos especializados que ha adquirido en las aulas de clase.

La experiencia requerida para realizar los trabajos, la determina la entidad

contratante de manera razonable y proporcional con el objeto del contrato y las obligaciones del mismo, la cual debe quedar consignada en los pliegos de condiciones. Para establecer la experiencia, no existe una tarifa para determinar, de modo que los órganos de control no pueden establecerla ya que ni siquiera la ley lo hace, la determinación de la experiencia, la determina la administración no los órganos de control.

Por otro lado, la experiencia puede ser determinada o requerida por la entidad en diferentes formas de acuerdo como se mida la experiencia para cada actividad. Es así como, la experiencia puede ser requerida en tiempo, esto es días, meses o años; en horas, para el caso de los pilotos de aeronaves; o en unidades de actividades individuales, es decir por la cantidad de contratos suscritos con objetos similares etc.

En cuanto a los contratos de prestación de servicios, es importante resaltar que por lo general en ellos no se pacta cláusula de exclusividad con la administración, pero es posible pactarla en caso de que así sea convenido, pero no debe olvidarse que en tratándose de contratos suscritos con abogados, la Ley 1123 del 22 de enero de 2007 *“Por la cual se establece el código disciplinario del abogado”*, en su artículo 29 numeral primero, establece un incompatibilidad para el ejercicio de la abogacía, en sentido que prohíbe litigar a los abogados contratados o vinculados contra la nación, el departamento, el distrito o municipio, según la esfera administrativa al que pertenezca la entidad o establecimiento al cual prestan sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de los pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones” a fin de evitar un claro conflicto de intereses.

m. De la capacidad

El primer requisito de validez de un negocio jurídico es la capacidad. De conformidad con el artículo 1502 del Código Civil Colombiano, la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

En relación con la capacidad para obligarse la ley prevé una presunción según la cual toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces (Art. 1503). De acuerdo con el Código Civil, son absolutamente incapaces: 1) los dementes y 2) los impúberes sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito; y son relativamente incapaces: 1) los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad; y, los disipadores que se hallen bajo interdicción.

Para que pueda obligarse, la persona que celebra un contrato de prestación de servicios profesionales debe tener plena capacidad. Sin embargo, para que el contrato tenga plenos efectos jurídicos no basta con el hecho de que el contratista esté cobijado por la presunción de capacidad sino que además debe cumplir con otro requisito exigido por la ley para la contratación con la administración pública. Este requisito consiste en que quien pretenda contratar con la administración no debe estar incurso en una causal de incompatibilidad e inhabilidad.

La capacidad para contratar sufre restricciones bajo las reglas de la moralidad administrativa denominadas inhabilidades e incompatibilidades las cuales están consagradas taxativamente en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993.

La diferencia que existe entre ambas instituciones radica en que la inhabilidad tiene carácter general, pues obsta para celebrar contratos con cualquier entidad estatal, mientras que la incompatibilidad es específica ya que sólo impide realizarlos con una entidad en particular respecto de la cual pueda predicarse la causal.

Las incompatibilidades limitan la aptitud contractual actual y de manera específica de determinados sujetos, atendida su especial calidad personal derivada de su fuero laboral administrativo para realizar actos jurídicos obligaciones (sic) con determinada entidad estatal o con su nivel de adscripción.

Las inhabilidades restringen la capacidad contractual futura y por vía general, para

contratar con la administración pública a aquellas personas que han sido sancionadas como consecuencia de conductas que atentan contra las reglas de moralidad administrativa.

En relación con las incompatibilidades e inhabilidades el Consejo de Estado manifestó que la Ley 80 de 1993 en su artículo 8 y en otras de sus disposiciones el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación, bajo los criterios de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la declaratoria de caducidad respecto del contratista y de los socios y sociedades de personas, la condena a interdicción de derechos y funciones públicas, la destitución, la abstención injustificada de suscribir un contrato adjudicado, el parentesco, el matrimonio o unión permanente con servidores públicos, entre proponentes, asociados y el representante legal de sociedades proponentes, la participación a cualquier título o el desempeño en cargos de dirección en personas jurídicas interesadas en contratación, el suministro de información falsa, la declaratoria de responsabilidad civil o penal, la medida de aseguramiento y la condena penal. La inhabilidad sea que se adopte como criterio que identifica su noción del de la restricción a la autonomía o libertad de contratación, legitimación para actuar u obrar, ora el de incapacidad particular, lo cierto es que el supuesto en que consiste la misma no permite acceder al proceso de selección o celebrar el contrato, por circunstancias éticas y morales o de imparcialidad, eficacia, eficiencia y transparencia.

La consagración del régimen de inhabilidades tiende al desempeño de la función pública por sujetos idóneos mediante la exigencia de determinadas condiciones o cualidades para acceder a ella, y a prevenir la indebida utilización de los factores de poder para el beneficio individual, procurando un efecto moralizador en el desarrollo de la actividad y en la disposición del patrimonio público; así, las inhabilidades se erigen en *“... circunstancias negativas o impeditivas preexistentes para acceder a la función pública (inelegibilidad), evitando el ingreso de sujetos que no reúnen determinadas condiciones, calidades y cualidades de idoneidad o moralidad, para*

desarrollar determinadas actividades o adoptar ciertas decisiones, ora para acceder a la contratación estatal...” y, por lo tanto, en el ámbito de la contratación pública se constituyen en una justificada restricción a la autonomía privada y a la libertad de contratación, que si bien limitan el principio de igualdad y los derechos negociables, representan un trato diferencial razonable y proporcional fundamentado en los intereses superiores. En la contratación estatal se traduce en una situación que atañe al particular o contratista que le impide acceder al contrato y, por lo mismo, participar en el proceso de selección contractual y celebrar contratos con el Estado o con sus entidades públicas.

Las incompatibilidades e inhabilidades son de origen constitucional y legal sin que pueda tener cabida su creación por vía de reglamento, del pliego de condiciones o de la autonomía negocial. Es el Legislador quien debe definir y tipificar expresamente sus causas, vigencia, naturaleza y efectos. Son de aplicación e interpretación restrictiva y excluyen la analogía excepto en lo favorable. Debido a que las mismas están previstas en normas imperativas y de orden público, si una persona celebra un contrato estando incurso en alguna de las causales de ley para las incompatibilidades e inhabilidades, el negocio jurídico sería inválido por nulidad absoluta.

En este orden de ideas, la capacidad de quien pretende celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales además de reunir los requisitos que sobre la capacidad para obligarse exige la ley, adicionalmente no puede estar incurso en alguna causal de inhabilidad e incompatibilidad para celebrar contratos con la administración. De estarlo, el contrato celebrado sería inválido ya que estaría viciado de nulidad absoluta por haberse suscrito en contra de una norma de orden imperativo.

1.2.2. Contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión

Los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión, son aquellos que celebra la administración para apoyar la labor de las entidades en todas sus funciones operativas técnicas, de mantenimiento etc. Estos contratos, se justifican toda vez que las entidades públicas para el cumplimiento de sus fines deben desarrollar varias para lo cual exige experticia en el oficio propio de las obligaciones que adquiere y no títulos profesionales, de tal manera que tanto la capacidad, idoneidad y experiencia está relacionada directamente con el objeto propio del contrato en estas actividades operativas, técnicas, de mantenimiento etc.

Pero estos contratos tienen una particularidad muy importante y que muestra notables diferencias con los demás contratos tratados, pero que además es objeto de mucho debate. Esa peculiaridad, tiene mucho que ver que la optimización en el cumplimiento de los deberes funcionales de las entidades públicas y el acompañamiento de las personas contratistas de apoyo a la gestión en la labor de la entidad, de tal manera que de estos presupuestos se desprende una disponibilidad del contratista para con la entidad sin que esto per se denote subordinación o relación laboral entre el contratista y la entidad, aquí la independencia del contratista en la ejecución del contrato es menor que en las demás categorías de contratos de prestación de servicios.

Lo anterior es así, porque la actividad contractual de la administración corresponde a las exigencias de la dinámica propia del funcionamiento del Estado, ente que en sus actividades persigue el logro de los fines esenciales señalados en el artículo 2º de la Constitución Política, dentro de un marco que garantice un orden económico y social justo; por tanto, la decisión de contratar o de no hacerlo es esencialmente reglada y está supeditada a las necesidades del servicio, de manera que los contratos celebrados por la administración pública, no constituyen en si mismos una finalidad, sino que representan un medio para servir a los administrados y promover

el bien común.

Así, cuando un particular contrata con la administración se compromete a ejecutar una labor conforme al objeto contractual, constituyéndose en un colaborador de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos.

Por la naturaleza de las obligaciones de estos contratos, su ejecución se encuentra determinada por estrictas medidas de coordinación por parte de la entidad pública haciendo menos independiente al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. Al respecto el Consejo de Estado reconoce esta característica haciendo ver que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

El cumplimiento de un horario, es evidentemente la característica que hace diferenciar los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de los demás contratos de prestación de servicios, y en este sentido el cumplimiento del horario no vulnera ningún principio fundamental a los contratistas. Piénsese, por ejemplo un contratista de la secretaria de hacienda obligado sostener el mantenimiento de la plataforma tecnológica para recibir el recaudo de los impuestos dentro del calendario de pago, en virtud de un contrato, donde evidentemente debe cumplir con sus obligaciones dentro de un horario establecido por la respectiva entidad en el cual se realiza la atención al público en cuanto al recaudo de los impuestos. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado:

“... si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de

empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales”.

En desarrollo del anterior postulado expuesto por la Sala Plena, la Sección Segunda ha dicho:

“...

Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativos de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor”.

En consecuencia, los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión para su ejecución debe sujetarse a las condiciones en que cada entidad presta el servicio público, de tal manera que se de un apoyo efectivo a la gestión que realiza la entidad en cumplimiento de los fines del Estado.

1.2.3. Contrato de prestación de servicios para la ejecución de trabajos artísticos

Los contratos de prestación de servicios para la ejecución de trabajos artísticos es los que sólo pueden encomendarse a ciertas personas, en términos generales, tienen su contratación tiene las mismas características del contrato del prestación de servicios en general salvo algunas particularidades.

A diferencia de los contratos de prestación de servicios profesionales, para estos contratos la idoneidad no se determina a partir de las certificaciones, pues para estos contratos sólo bastara que se acredite la experiencia y la capacidad para ejecutar las obligaciones contratadas. De esta manera, un órgano de control no puede, para el caso de estos contratos, exigir la acreditación de este requisito toda vez que no es necesario para la celebración y ejecución del contrato; sin embargo, la entidad pública debe verificar que la persona con la cual desea contratar puede garantizar la calidad de los servicios contratados²²¹.

²²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Rad. 24.715 y otros Acu. Cp.- Ruth Stella Correa Palacio. "...Sobre el particular, sea lo primero destacar que el contrato de prestación de servicios nació del contrato de arrendamiento o locatio, que tenía como modalidades de ejecución las obras (locatio operis), el transporte (locatio conductio), o los servicios personales (locatio operarum). Figura esta última que se generalizó para dar paso a la concepción actual de este negocio jurídico, al cual el Estado moderno ha recurrido, para cumplir las múltiples y crecientes funciones a su cargo y ante precisos requerimientos de conocimiento profesional, técnico o científico o por insuficiencia del personal vinculado a su planta de personal a través de un acto condición (funcionarios) o mediante contrato de trabajo (trabajadores oficiales). De ahí que, la necesidad de servicios para su funcionamiento o para el cumplimiento de actividades dirigidas a la sociedad, ha dado lugar a contratarlos con personas naturales o jurídicas externas, no vinculadas como servidores o funcionarios de la Administración, a través de contratos de prestación de servicios..." Los contratos de prestación de servicios no constituyen los instrumentos jurídicos para la asignación de funciones públicas administrativas a los particulares. Al respecto debemos recordar que en los términos del inciso 2, del artículo 210 constitucional, "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley...". Es la ley en consecuencia y no el contrato la que determina las bases que permiten el ejercicio de funciones publicas administrativas por los particulares. La ley 489 de 1998 a partir de su artículo 110 desarrolla el mandato constitucional en cuestión. Véase Corte

1.3. La responsabilidad civil en los contratos de compraventa y de suministro de bienes muebles, insumos, maquinaria y equipos

El contrato de suministro de bienes y servicios, se encuentra regulado por el Código de Comercio, como aquel mediante el cual una parte se obliga a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuas de cosas o servicios.

El contrato de suministro se caracteriza por ser un contrato solemne, oneroso, bilateral y tracto sucesivo; esta última característica, hace alusión a que las prestaciones deben ser periódicas o continuas, de tal manera que si no encontramos esa característica dentro del contrato de suministro podría desvirtuarse y convertirse en otro contrato. Además de lo anterior, permite que los bienes que se van a suministrar no serán de la administración hasta tanto no sean suministrados quedando obligado el contratista a su conservación y preservación.

Actualmente, el proceso para contratar este tipo de suministros es el establecido por la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, y en tal sentido, el literal “a” del artículo 2º de la Ley 1150, reglamentado por el Decreto 1082 de 2015 establece que para *“la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos. Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo*

Constitucional. Sentencia C-866 de 1999.

derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos”

Para efectos del control fiscal, es importante la determinación de la cuantía y del valor del contrato, toda vez que si el proceso se adelanta por el procedimiento de la subasta inversa, el valor del contrato de suministro se determinará una vez terminada la puja que se realice. Aquí es importante tener presente que el único factor a tener en cuenta para la adjudicación del contrato es el menor precio que se ofrezca durante la subasta a la inversa.

Igualmente es importante establecer con claridad las condiciones de los bienes muebles objeto del contrato a efectos de establecer las garantías de calidad de los mismos atendiendo las especificaciones técnicas previstas por la entidad en los pliegos de condiciones. En cuanto a las condiciones técnicas es importante aclarar, que si el contratista no las suministra en las mismas condiciones que se establecieron en los pliegos de condiciones y no por ese sólo hecho incurriría inmediatamente en incumplimiento del contrato; pues, existe la posibilidad que la entidad solicite al contratista que cambie los bienes que cumplen con dichas condiciones, de tal manera que si el contratista los cambia no habrá lugar a establecer un incumplimiento.

Las entidades estatales deben propender por defender no sólo la calidad de los bienes que se suministran, sino también garantizar que estos sean de las mismas marcas ofrecidas. Los insumos para equipos de cómputo, fotocopadoras, Plotter, fax y demás equipos, deben ser de marcas originales, no genéricos y para el caso de elementos importados, el proponente adjudicatario garantizará y responderá por su ingreso legal al país.

Para el suministro de recursos tecnológicos y su verificación, el proponente adjudicatario que resulte seleccionado debe presentar a la entidad una prueba

ejecutable del software o programas, el cual debe cumplir con todas las características técnicas señaladas en los pliegos de condiciones y el contrato. Estos sistemas deben ser analizados por la entidad y si lo consideran necesario se solicitará apoyo al proponente para verificar la funcionalidad del programa y el proponente favorecido estará en la obligación de prestar su apoyo para dicha verificación.

Así mismo, es deber del contratista, acreditar la propiedad sobre los software, anexando a la propuesta la respectiva licencia de la propiedad del mismo y/o certificado de registro de soporte lógico, ficha técnica, en la cual conste la descripción detallada de las características técnicas; igualmente deberá tener disponibilidad para suministrarlo cuando lo requiera la entidad, con el fin de constatar y verificar el cumplimiento de este requisito; al tiempo que se constituye en deber de los funcionarios públicos la verificación de este requisito en garantías de los derechos de autor protegidos por la constitución y la ley.

En caso de que no cumpla con las características señaladas el proponente adjudicatario deberá realizar los ajustes correspondientes. Si la entidad no solicita tales correcciones estará contribuyendo a los daños que pueda sufrir la administración por aceptar equipos defectuosos que garantizan la prestación de los servicios que se pretende satisfacer y en tal caso presentarse un posible detrimento patrimonial.

Siguiendo con el ejemplo sobre los Software, es importante señalar que la instalación de los mismo lo más recomendable es que la efectúe el proponente adjudicatario a fin de garantizar su funcionalidad la cual debe ser aprobada por el Interventor del contrato y la entidad. El incumplimiento de estas obligaciones por parte del contratista, además del incumplimiento contractual se evidenciaría una mala calidad de los bienes contratados por la entidad lo cual le acarrearía a los funcionarios públicos responsables las posibles sanciones que correspondan.

A manera de paréntesis, cuando el objeto de los contratos de suministro de bienes muebles sean equipos de computo, en ocasiones puede pasar que no existe pluralidad de oferentes y en estos casos previa verificación y justificación por la entidad de esta situación, el procedimiento para contratar es de contratación directa por no existir más de un proponente inscrito.

Así mismo, es posible la auditoría sobre las marcas de los bienes objeto del suministro pudiendo solicitar el cambio de las mismas por otras de mejor calidad teniendo en cuenta los precios que halla ofrecido el contratista con la propuesta.

1.4. La responsabilidad civil en los contratos de enajenación de bienes muebles e inmuebles del Estado

La compraventa o enajenación de los bienes del estado procede sobre aquellos bienes que la entidad estatal no requiera para el cumplimiento de sus funciones en el evento en que la entidad así lo determine. El procedimiento para la enajenación, se encuentra contenido en el artículo 2º literal “e” de la Ley 1150 de 2007 reglamentado por el Decreto 1082 de 2015 , el cual prevé que para la enajenación de bienes del estado se aplicará el procedimiento de selección abreviada; así mismo, establece que *“en los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva”*.

Continúa la disposición estableciendo que *“en todo caso, para la venta de los bienes se debe tener como base el valor del avalúo comercial y ajustar dicho avalúo de acuerdo a los gastos asociados al tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el precio mínimo al que se debe enajenar el bien, de conformidad con la reglamentación que para el efecto*

expida el Gobierno Nacional”.

Para efectos del control fiscal, el avalúo de los bienes por el cual se determinará el valor comercial de los mismos, constituye el valor mínimo por el cual se iniciará la subasta a la que se convoque. Sobre el valor de los bienes que se pretenden enajenar, la Sala de Consulta del Consejo de Estado, expuso:

“Es procedente la venta de un bien mueble de propiedad de una entidad estatal por el valor de su avalúo comercial, así éste difiera del valor fiscal. El monto del avalúo comercial determina el valor mínimo por el cual el bien podrá ser objeto de enajenación. El sistema de martillo es una forma de venta de bienes de las entidades estatales al cual se acude de acuerdo con la ley y previa calificación de su valor. Dicho procedimiento se ajusta a los principios de la contratación administrativa y constituye instrumento adecuado para hacer óptimo el resultado de un proceso de venta, siempre que esté respaldado por la experiencia y buen crédito de la entidad financiera que realiza el remate. La Secretaría de Obras Públicas, a fin de determinar con certeza el valor base de venta de la planta de asfalto, puede proceder de esta manera: optar por el último avalúo hecho a la misma; solicitar a firma especializada un avalúo comercial que tenga en consideración el estado actual de la planta y responda a las necesidades del mercado, o disponer que dicho avalúo lo haga la entidad financiera que se seleccione con criterio objetivo para efectuar el remate. Hoy en día lo procedente, más que intentar vincular avalúos comerciales realizados hace uno o dos años al valor fiscal, lo pertinente es fijar el precio base en forma correcta, conforme al avalúo comercial y confiar la subasta a entidad financiera debidamente autorizada para el efecto y vigilada por la Superintendencia Bancaria”.

Así mismo, es importante destacar que la enajenación de los bienes del Estado debe hacerse a título oneroso, ya que no es posible que se pueda hacer enajenación a título gratuito aún si la enajenación se realiza entre entidades públicas; con excepción a aquellos casos en que expresamente lo ha previsto la ley. Al respecto el Consejo

de Estado ha expresado que *“la autorización para transferir el derecho de dominio a título gratuito a otros entes estatales, en tanto opera por ministerio de la ley, debe contener de manera expresa e inequívoca la voluntad del legislador”*.

El procedimiento para la realización de los avalúos, las controversias sobre las mismas y demás particularidades sobre la determinación del valor de los bienes a enajenar ya lo hemos tratado en capítulo concerniente a la expropiación y se le aplica el Decreto reglamentario No. 1082 de 2015, establecido en la Parte 2 – reglamentaciones, Título I contratación estatal-, Capítulo 2, Disposiciones especiales del sistema de compras y contratación pública, Sección 2, enajenación de bienes del Estado, subsección III y IV.

1.5 La responsabilidad civil y el daño patrimonial en los negocios fiduciarios.

El EGCAP, hace alusión al contrato de fiducia pública y encargo fiduciario estableciendo algunos requisitos y restricciones a la vez que establece que las normas aplicables a estos contratos serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en la misma ley, pero de conformidad con el artículo 13 de la ley 80 de 1993 y el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 se exige para los contratos de obra, de salud y todos aquellos que se adjudiquen en licitación pública la contratación de una fiducia o un patrimonio autónomo para el desembolso y el manejo de los anticipos.

Una primera restricción que establece el EGCAP, es que la fiducia que se autoriza para el sector público, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto;

situación esta que establece una notable diferencia con la fiducia mercantil al negar el elemento real del contrato; es decir en la fiducia pública no se da la transferencia del derecho de dominio por prohibición expresa del estatuto contractual público, lo cual hace que el contrato de fiducia mercantil se degenera en otro contrato como el de encargo fiduciario.

Al respecto la Corte Constitucional ha expresado:

“Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley". Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5o. del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993”.

Por consiguientes, los contratos de fiducia mercantil que pueden celebrar las entidades públicas solamente serán los autorizados por el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es decir aquella cuyo objeto no sea la administración o el

manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren.

No obstante lo anterior, los contratos de fiducia mercantil celebrados por entidades públicas encuentra plena aplicación, en los casos de titularización de activos y los pagos de pasivos laborales.

1.5.1 Contrato de encargo fiduciario

El contrato de encargo fiduciario es otra modalidad de negocio fiduciario que a diferencia de la fiducia mercantil no contiene el elemento real y por tanto el negocio no implica transferencia de la propiedad. *“En esencia, el encargo es un mandato, pero sin transferencia de bienes. Esta ha sido su nota característica, que lo diferencia de la fiducia y, además, con este negocio fiduciario no se constituye patrimonio autónomo”.*

La Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, en cuanto a los encargos fiduciario que en esta figura no existe transferencia de propiedad y en ese sentido, los encargos fiduciarios celebrados por entidades públicas no difiere en gran medida del negocio fiduciario mercantil propiamente dicho y sólo lo restringe para el manejo y administración de los recursos de los contratos que las entidades celebren. En ese sentido la Sala expresó:

“Los Encargos Fiduciarios, figura en la cual no hay transferencia de la propiedad de los bienes fideicometidos. La ley 80 de 1993 la autoriza solamente para administrar o manejar los recursos vinculados a contratos que las entidades estatales celebren, lo cual se encuentra en consonancia con la disposición según la cual los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de los servicios de salud, se pueden hacer mediante encargos fiduciarios y con aquella que establece que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de

contratos estatales pueden ser entregados en administración fiduciaria”.

Otra nota características de los negocios fiduciarios en las entidades públicas, es que el EGC, prohibió pactar la remuneración del fiduciario con cargos a rendimientos del fideicomiso, salvo que se encuentren presupuestados; igualmente la misma disposición señala que con la celebración de estos contratos, las entidades públicas deleguen en las sociedades fiduciarias la celebración de los mismos.

En cuanto a la forma de selección del contratista para los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario, la Ley 80 de 1993, establece que el fiduciario se hará siempre a través del procedimiento de licitación, por consiguiente, no es posible realizar un proceso de contratación directa para tales fines. No obstante, la Ley 1150 de 2007 en su artículo 2º, numeral 4º, literal f, establece la posibilidad de celebrar estos contratos de manera directa en aquellos casos en que los *“celebren las entidades territoriales cuando inicien el acuerdo de reestructuración de pasivos a que se refieren las leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que la modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público”.*

Para efectos del control fiscal, tanto en la fiducia pública como en los encargos fiduciarios los recursos que se involucren en esos negocios tienen el carácter de recursos públicos y por tanto están sujetos al control fiscal.

Al respecto la Contraloría General de la República, mediante concepto ha expresado que *“la razón de ser de la fiducia mercantil en este caso, es acudir a un administrador de los recursos públicos, no transferir sobre los mismos el derecho de propiedad o dominio”.*

De esta manera, el órgano de control hace énfasis en que el hecho de interpretar que los recurso entregados en fiducia constituyen patrimonio autónomo y pasan a ser

dominio de la persona privada, *“Indudablemente atenta contra derechos colectivos. Por ello, entre otras cosas, en el contrato de fiducia sobre recursos del Estado no se puede transferir el dominio pleno sobre ese bien que son los recursos públicos. Tampoco será aceptable en el ordenamiento jurídico colombiano que se mantenga izado un acuerdo que pretenda burlar la vigilancia o control sobre recursos del Estado la simple formalidad sede necesariamente ante la materialidad de los hechos, en este orden ha señalado la Honorable Corte Constitucional, que donde quiera que hayan recursos públicos debe estar siempre presente la vigilancia y el control fiscal”*.

Es así como la Contraloría concluye que, *“los recursos del Estado que son entregados formalmente a los particulares por medio de la fiducia mercantil no pierden su naturaleza de recursos públicos. Sobre estos recursos existe el principio de vigilancia y control fiscal que pesa sobre todos los recursos públicos en cabeza de los órganos de control fiscal”*²²².

1.6. Contrato de empréstitos nacionales e internacionales

Los contratos de empréstitos de las entidades estatales, hacen parte de las consideradas operaciones de crédito público, enunciadas en el párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que de conformidad con el Decreto 2681 de 1993, *“Por el cual se reglamentan parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas”*, son operaciones de crédito público, *“los actos o contratos que tienen por objeto dotar a la entidad estatal de recursos, bienes o servicios con plazo para su pago o aquellas mediante las cuales la entidad actúa como deudor solidario o garante de obligaciones de pago”*. Dentro de estas operaciones, se encuentran **la contratación de empréstitos**, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos

²²² Artículos 2.2.1.1.2.3.1. De los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y pago; Artículo 2.2.1.1.2.4.1 del patrimonio autónomo para el manejo de anticipos; 2.2.1.1.2.4.2, de la determinación de los intereses moratorios; 2.2.1.1.2.4.3, de las obligaciones posteriores a la liquidación del Decreto Reglamentario Único No. 1082 de 2015.

valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales. (Subrayado es nuestro).

Así mismo, el Decreto 2681 de 1993, establece que *“son contratos de empréstito los que tienen por objeto proveer a la entidad estatal contratante de recursos en moneda nacional o extranjera con plazo para su pago”, estableciendo además, en concordancia con la EGC, que “los empréstitos se contratarán en forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos”.*

Como clasificación de los contratos de empréstitos estos abarcan dos categorías; los contratos de empréstitos internos y los contratos de empréstitos externos; de corto plazo y de largo plazo. Cada uno de ellos, requiere para su celebración el cumplimiento de unos requisitos previos diferentes, pero lo que conservan una finalidad común establecida en la Ley 358 de 1997, “por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento”, según la cual, “las operaciones de crédito público de que trata la presente Ley deberán destinarse únicamente a financiar gastos de inversión”, *exceptuándose “los créditos de corto plazo, de refinanciación de deuda vigente o los adquiridos para indemnizaciones de personal en proceso de reducción de planta”.*

En cuanto a los contrato de empréstitos internos de la Nación, la celebración de los contratos requerirá autorización, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación, cuando se trate de proyectos de inversión, y la minuta definitiva del contrato.

En cuanto a los contratos de empréstitos que se celebren con entidades internacionales, por las entidades descentralizadas del orden nacional, diferentes de las mencionadas en el artículo 12 del mencionado decreto, y por las entidades territoriales y sus descentralizadas requerirá:

a) Autorización para iniciar gestiones, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación; y,

b) Autorización para suscribir el contrato y otorgar garantías al prestamista, impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con base en las correspondientes minutas definitivas.

En cuanto a estos contratos debemos realizar precisión para efectos de la ejecución de los recursos que provienen de estos empréstitos y concretamente en cuanto a la celebración de contratos. En estos casos, para la celebración de contratos que las entidades estatales celebran con los recursos provenientes de empréstitos externos, las entidades públicas y los órganos de control deben tener presente que los organismos multilaterales de crédito someten los créditos a las normas de dichos organismos y en consecuencia la ejecución de los préstamos pro medio de la contratación puede tener excepciones al EGC, v. gr., el condicionamiento para el uso de las cláusulas excepcionales, el pacto de la cláusula de multa, el procedimiento para su aplicación, etc.

De otro lado, los entes territoriales como también sus entidades descentralizadas, pueden celebrar este tipo de contratos teniendo en cuenta las disposiciones normativas sobre la materia contenidas en la ley 617 de 2000, la Ley 358 de 1997 y la Ley 136 de 1994. De manera general, el decreto 2681 de 1993, establece que para los créditos de las entidades territoriales, a celebración de empréstitos internos de las entidades territoriales y sus descentralizadas continuará rigiéndose por lo señalado en los Decretos 1222 y 1333 de 1986 y sus normas complementarias, según el caso. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de registro de los mismos en la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En cuanto a la clasificación de los créditos teniendo en cuenta el plazo; es decir si son a corto o largo plazo, el decreto 2681, los regula de la siguiente manera:

“Son créditos de corto plazo los empréstitos que celebren las entidades estatales con plazo igual o inferior a un año. Los créditos de corto plazo podrán ser transitorios o de tesorería.

Son créditos de corto plazo de carácter transitorio los que vayan a ser pagados con créditos de plazo mayor a un año, respecto de los cuales exista oferta en firme del negocio. Son créditos de corto plazo de tesorería, los que deben ser pagados con recursos diferentes del crédito.

La celebración de créditos de corto plazo de entidades estatales diferentes de la Nación, con excepción de los créditos internos de corto plazo de las entidades territoriales y sus descentralizadas, requerirá autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Cuando se trate de créditos de tesorería, dicha autorización podrá solicitarse para toda una vigencia fiscal o para créditos determinados. Para tal efecto, las cuantías de tales créditos o los saldos adeudados, según el caso, no podrán sobrepasar en conjunto el diez por ciento (10%) de los ingresos corrientes de la respectiva entidad, sin incluir los recursos de capital, de la correspondiente vigencia fiscal. No obstante, cuando se trate de financiar proyectos de interés social o de inversión en sectores prioritarios o se presente urgencia evidente en obtener dicha financiación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, podrá autorizar porcentajes superiores al mencionado, siempre y cuando el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, haya conceptuado sobre la ocurrencia de alguno de los mencionados eventos.

Los créditos de tesorería no podrán convertirse en fuente para financiar adiciones en

el presupuesto de gastos”.

Para la contratación de empréstitos de las entidades territoriales, es necesario verificar de manera previa la capacidad de endeudamiento de la misma, teniendo en cuenta, que la deuda no exceda su capacidad de pago, entendiendo esta como “el flujo mínimo de ahorro operacional que permite efectuar cumplidamente el servicio de la deuda en todos los años, dejando un remanente para financiar inversiones”.

En cuanto a la capacidad de pago, la mencionada norma, establece que esta se presumirá cuando los intereses de la deuda al momento de celebrar una nueva operación de crédito, no superan en el cuarenta por ciento (40%) del ahorro operacional y que la entidad territorial que registre niveles de endeudamiento inferiores o iguales al límite señalado, en éste artículo, no requerirá autorizaciones de endeudamiento distintas a las dispuestas en las leyes vigentes.

Existe otro requisito para la contratación de empréstitos en las entidades territoriales establecido en la Ley 819 de 2003, con objeto de contar con una clasificación previa del respectivo departamento o municipio sobre los riesgos del ente territorial. De esta manera, la norma prescribe que “sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, y de las disposiciones contenidas en las normas de endeudamiento territorial, para la contratación de nuevos créditos por parte de los departamentos, distritos y municipios de categorías especial, 1 y 2 será requisito la presentación de una evaluación elaborada por una calificador de riesgos, vigiladas por la Superintendencia en la que se acredita la capacidad de contraer el nuevo endeudamiento.

1.7. El contrato mercantil de seguros que ampara obligaciones adquiridas por el contratista estatal conforme al Decreto 1082 de 2015

El contrato mercantil de seguros que ampara las obligaciones adquiridas por un oferente o contratista estatal, es un acuerdo de voluntades celebrado bajo condiciones uniformes entre un sujeto precontractual denominado proponente u oferente, o contratista en la fase contractual y una compañía aseguradora debidamente vigilada por la Superintendencia Financiera con la finalidad de servir de garantía al contratista de que cumplirá con las obligaciones adquiridas con la presentación de la oferta o con el contrato una vez celebrado en favor de un tercero, que es una entidad pública denominada asegurado o entidad asegurada.

En Colombia, el oferente o contratista puede acudir a cualquier aseguradora para que le expida la respectiva póliza de garantía de seriedad del ofrecimiento, la póliza única de cumplimiento, o la póliza de responsabilidad civil contra terceros.

El inciso 2 del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, reglamentada por el Decreto 1082 de 2015, regula las condiciones generales de las pólizas de seguros que garantizan las pólizas de cumplimiento y los requisitos que deben cumplir las pólizas que garantizan la responsabilidad extracontractual.

La póliza de seguros deberá expedirse y aprobarse solamente si cumple con el carácter suficiente de la garantía que está dado por que cumpla con los amparos, porcentaje, plazo, vigencia y cuantía, en los amparos de seriedad del ofrecimiento; buen manejo y correcta inversión del anticipo; pago anticipado; cumplimiento; pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales; estabilidad y calidad de la obra; calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados; calidad del servicio; y responsabilidad extracontractual.

El Decreto 1082 de 2016, dispone en su artículo 2.2.1.2.3.1.1, los riesgos que deben

cubrir las garantías en la contratación, en cumplimiento de las obligaciones surgidas a favor de las Entidades Estatales con ocasión de la (i) presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas.

Según el artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 de 2015, las garantías que los oferentes y contratistas pueden otorgar para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, son (i) el contrato de seguros contenido en una póliza; (ii) el patrimonio autónomo; y (iii) la garantía bancaria.

El Decreto 1082 de 2015, así mismo reglamenta la indivisibilidad de la garantía, garantía del oferente plural, la cobertura del riesgo de la responsabilidad civil extracontractual derivada de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas; la garantía de los riesgos derivados del incumplimiento de la oferta; la garantía de cumplimiento; el cubrimiento de la responsabilidad civil extracontractual; la suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta; la suficiencia de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, de la garantía de pago anticipado; de la garantía de cumplimiento, de la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales; la garantía de estabilidad y calidad de la obra; , de la calidad del servicio; la calidad de los bienes, la suficiencia del seguro de responsabilidad civil extracontractual, el restablecimiento o ampliación de la garantía, la efectividad de las garantías.

En relación a la garantía de pago de la indemnización y reparación de los daños y perjuicios que sufra la administración pública contratante, como consecuencia del incumplimiento del contractual del contratista particular, encontramos el contrato de seguro contenido en una póliza, el patrimonio autónomo o la garantía bancaria; lo que permite afirmar que el régimen de responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado que se deriva de la gestión contractual estatal, cuenta en

Colombia con un régimen de garantía de pago a favor de la administración contratante.

Lo anterior, encuentra soporte en el contrato de seguro, cuya causa jurídica es la presentación de una oferta, y/o la celebración de un contrato estatal, en donde la administración cuenta en principio con la facultad de hacer efectiva la póliza de garantía por la cuantía establecida en la actuación administrativa que adelante, afectando los activos y cuentas que tiene a su favor el contratista en la Tesorería de la Entidad pública contratante, la cual una vez en firme el acto administrativo que la hace efectiva, la puede descontar directamente.

El artículo 98 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, en armonía con el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto No. 1082 de 2015, permite a la Entidad Estatal contratante, mediante acto administrativo hacer efectivas las garantías, al declarar la caducidad del contrato, al imponer las multas, al declarar el incumplimiento y ordenar el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado, ya que el acto administrativo constituye el siniestro.

Una vez en firme el acto administrativo que así lo declara, la Entidad pública puede hacer efectiva la obligación mediante el cobro coactivo haciendo uso de la prerrogativa de la jurisdicción coactiva, recaudando las obligaciones creadas a su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo, que como lo establece el artículo 99 ibídem, son los actos administrativos ejecutoriados que imponga a favor de las entidades públicas, la obligación de pagar una suma líquida de dinero; los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual, y las demás garantías que a favor de las entidades públicas, antes indicadas, se presenten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.

Debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la prerrogativa del cobro coactivo, es sin perjuicio del derecho de acceso a la justicia que tiene la Entidad Pública contratante, en cuanto puede acudir a reclamar la imposición de la multa, la caducidad del contrato, la aplicación de la penal pecuniaria, y la efectividad de la garantía al juez del contrato, lo que significa que la administración puede actuar en tres escenarios distintos, no concurrentes: Puede demandar directamente al juez de contrato para reclamar la reparación de los daños causados por el incumplimiento del contrato; puede hacer efectiva las garantías mediante acto administrativo, y si su cuantía alcanza a la reparación de los daños, será suficiente esta herramienta; pero en un tercer escenario, si la administración encuentra que los daños son superiores al cubrimiento cuantitativo económico de la garantía, hace efectiva la garantía por el monto que cubre, y el excedente puede reclamarlo judicialmente por el juez del contrato.

Cuando la administración contratante, es la deducida de la prestación al contratista particular que es el acreedor de la reparación de los perjuicios, como consecuencia de los daños ocasionados por la Entidad pública al contratista por incumplimiento de sus obligaciones en el no giro y desembolso en el tiempo pactado al contratista, como también por cualquier otro incumplimiento, la administración responderá dentro del régimen de responsabilidad civil contractual al contratista, ya sea mediante mecanismos de arreglo directo, transacciones, conciliaciones judiciales, tribunales de arbitramento, o mediante sentencia judicial, para lo cual la administración deberá valorar el riesgo contingentes del riesgo de pérdida o de ganancia del negocio, y hacer las provisiones presupuestales para el pago de la indemnización y reparación del valor del daño contractual producido a su contratista.

1.8. La posición de los órganos de vigilancia y control penal, fiscal y disciplinaria en relación al contrato de prestación de servicios genera

incertidumbre jurídica

Pese a que desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado han avanzado hacia la construcción de un desarrollo jurisprudencial de naturaleza lineal que genere la mayor seguridad jurídica para el operador contractual el asunto hoy ofrece la mayor incertidumbre a los servidores públicos que deben suscribir un contrato de prestación de servicios cualquiera que sea su modalidad, toda vez que el carácter de contratación directa que le asigna la Ley genera la mayor suspicacias jurídicas a los órganos de control penal, fiscal y disciplinaria que ocasiones estiman que por el carácter de *intuite personae* que reviste este tipo de contrato, estos son utilizados como forma de exteriorización o materialización de clientelismo político o de favorecimiento a personas naturales jurídicas con fines distintos a los del buen gobierno y de la correcta y adecuada marcha de la gestión pública.

De allí, que si bien en estos contratos de prestación de servicios las distintas regulaciones lo califican de *intuite personae*, establecen el mismo mecanismo de selección que es la contratación directa, y exigen los requisitos de capacidad, idoneidad y experiencia; ara los órganos de control penal, fiscal y disciplinario existe el vacío legal consistente en la regulación de mecanismos para definir la tarifa de honorarios, de tal manera que cualquiera que sea que utilice las entidades para tasar esos honorarios en determinados momentos son calificados por los órganos de control penal, fiscal y disciplinario con cierto grado de subjetivismo que los conduce a calificarlos de detrimento patrimonial, nóminas paralelas, contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, o interés indebido en la celebración de contratos.

De allí, que la sugerencia a todos los servidores públicos en que si bien la ley, la jurisprudencia y la doctrina establece la legalidad de la tipología del contrato, sus requisitos esenciales, accidentales y de naturales, lo prudente frente a los regímenes de control penal, fiscal y disciplinario es que en razón al subjetivismo y a la

incertidumbre que manejan los organismos de control es que en lo posible estos solos sean celebrados de manera prudente por las administraciones públicas, para evitar quedar en manos de la interpretación jurídica del operador jurídico penal, disciplinario y fiscal de turno, mientras la Ley no regule de manera particular, concreta y específica el contenido de los requisitos para celebrar el contrato, la tarifa o el mecanismo para tasar honorarios, la oportunidad para celebrar el contrato, los escenarios, circunstancias de tiempo, modo y lugar y hasta los asuntos en los que se debe acudir a este tipo de contratos.

Aunque el Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo mediante sentencia unificada ha contribuido a superar la discusión, en cuanto a la tipología, procedimientos, características, naturaleza, aún falta que la ley establezca mecanismos que permitan tasar los honorarios en cada uno de las modalidades de contratos de prestación de servicios.

1.9. El contrato privado de fiducia mercantil para el manejo de los anticipos en los contratos de obra, concesión, salud o los que se adjudiquen en licitación pública, según el Decreto 1082 de 2015

El artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, dispuso que en los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía. El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista, debiendo suministrar la información contable

y financiera de la ficticia a los órganos de vigilancia y control que así lo solicite.

Así mismo, el artículo 2.2.1.1.2.3.1 y siguientes del Decreto 1082 de 2015, el contratista debe suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad fiduciaria autorizada para ese fin a la que la Entidad Estatal contratante debe entregar el valor del anticipo.

Los recursos entregados por la Entidad Estatal al patrimonio autónomo a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio del Estado, y por tanto constituye ejecución presupuestal de la entidad contratante, y sus rendimientos financieros son autónomos y son manejados de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil, es decir, conforme al reglamento, al comité fiduciario etc. La sociedad fiduciaria debe pagar a los proveedores, conforme a las instrucciones que reciba del contratista, las cuales deben haber sido autorizadas por el Supervisor o el interventor, siempre y cuando tales obligaciones de pago correspondan a los rubros previstos en el plan de utilización o de inversión del anticipo, conforme al contrato, al pliego de condiciones, al reglamento del manejo del anticipo, o conforme al manual de contratación y al manual de supervisión e interventoría de la entidad contratante.

2. La responsabilidad civil y daño patrimonial en los contratos estatales atípicos

Los contratos estatales atípicos, son aquellos que no encuentran definición expresa y concreta en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pero que tampoco la encuentran en las legislaciones comunes del derecho civil y mercantil, pero que en todo caso se construye con las necesidades del Estado de satisfacer el cumplimiento de sus cometidos a través de la adquisición de bienes o la prestación de servicios, de tal manera que es la autonomía de la voluntad de las partes la que le permite diseñar un negocio jurídico de acuerdo a las necesidades públicas, veamos:

2.1. Contrato leasing

El contrato de Leasing tiene sus orígenes en Estados Unidos de América, y adopta su denominación del verbo inglés to lease que significa “arrendar” o “dar en arriendo”, y del sustantivo “lease” de se puede traducir “arriendo”, “escritura de arriendo”, “locación”. Lo correcto sería llamar a este contrato por su nombre en nuestro idioma, pero ocurre que la denominación inglesa leasing traducida literalmente al español, no aclara todo lo que ella significa según la costumbre en el comercio internacional, pues se trata de un término al que se le atribuye un sentido jurídico que no coincide exactamente con su significado idiomático. Algo así como un valor entendido.

En un intento de definición Farina cita a Cogorno quien transcribe la definición que da la legislación Belga en el artículo 1º de L’Arret Royal Nº 55: “ es el contrato de financiación por el cual un empresario toma en locación de una entidad financiera un bien de capital, previamente adquirido por esta a tal fin, a pedido del locatario, teniendo este arriendo una duración igual al plazo de vida útil del bien y un precio que permite al locador amortizar el costo total de adquisición del bien, durante el plazo de la locación, con más un interés por el capital adelantado y un beneficio. Facultando, así mismo, al locatario a adquirir en propiedad el bien al termino de la locación mediante el pago de un precio denominado valor residual”

Para Roberto López Cabana “ *en sustancia, el leasing constituye una operatoria en la cual quien necesita hacerse de un bien generalmente con una finalidad productiva, obtiene el uso de ese bien por parte de su propietario (sea este el proveedor directo o por intermedio de una entidad financiera que lo adquirió a tal efecto), pagando un canon durante un plazo determinado a cuya finalización el usuario tiene la posibilidad de transformarse en propietario del bien en cuestión, mediante el pago de una compensación económica previamente estipulada, si correspondiera.*”

2.1.1. Naturaleza jurídica del contrato leasing

En la opinión de Juan M. Farina el Leasing es un contrato con naturaleza jurídica propia; no obstante, nos referiremos a otras teorías que, en síntesis, pueden resumirse así, conforme la enumeración efectuada por Buonocore:

El leasing es un contrato (en cuanto el Derecho positivo de nuestro país) con una causa, un objeto y características peculiares, en el cual confluyen elementos propios de diversos esquemas jurídicos tradicionales, como son el mutuo, la locación y la venta.

El leasing debe ser encuadrado en la categoría del “negocio mixto”, pues la intención económica perseguida por los contratantes está estrechamente vinculada con la estructura jurídica, características de la locación de bienes productivos, pero presenta desviaciones respecto a este esquema, en razón de la finalidad económica de la operación, consistente en la actividad intermedia que desarrolla la entidad financiera entre el proveedor del bien y el tomador, pues el bien es adquirido por la sociedad de leasing, a los fines de la operación misma.

El leasing puede entrar en el esquema normativo del contrato de locación, siempre que se comprendan dentro del concepto de cosa productiva cualesquiera bienes instrumentales idóneos para producir una utilidad indirecta.

Otra corriente de opinión expresa que es encuadrable dentro del esquema de venta con reserva de dominio o cuando menos, realiza los efectos típicos de este contrato, aunque mas no sea por medio de una técnica no perfectamente coincidente con esta figura

Por otro lado, “las partes que intervienen en el leasing son básicamente tres: el productor o fabricante; el intermediario (empresa leasing) que en algunas

legislaciones como la paraguaya (artículo 1° de la ley 1295) se llama dador, y el usuario que también se le conoce en la doctrina europea como tomador.

El productor es aquel sujeto que fabrica o genera el bien de capital o equipo y que desea exportarlo a través de un intermediario ubicado en su propio país o en el extranjero. Su animus es el de vender hacia un mercado externo.

El intermediario o dador es la empresa de leasing, llamada en algunos casos empresas de arrendamiento mercantil o arrendamiento financiero; también se le conoce como lessor. Desde el punto de vista de su forma, son empresas mercantiles pero se diferencian de las empresas industriales y comerciales, que actúan en el mercado financiero, en que estas compañías no son usuarios finales de recursos captados públicamente sino meros intermediarios de capitales; además de ser fiscalizados por entidades gubernamentales como la Comisión Nacional de Valores, la Superintendencia de Banca y Seguros, la Banca Central o el Departamento Central de Supervisión de Empresas Financieras. Cuando dicha empresa intermediaria efectúa una operación de subarrendamiento, es que esta viabilizando el leasing internacional. Usualmente, este sujeto requiere de una autorización previa para operar porque está bajo control público. La empresa intermediaria debe tener disposición del bien objeto de la relación contractual para conceder sobre este el uso y goce, y en el momento oportuno, poder transmitir la propiedad si el usuario opta por la compra.

El último sujeto es el usuario que puede ser persona natural o moral, quien no requiere de requisitos especiales para la celebración de este contrato, aun cuando en la práctica comercial se exige el cumplimiento de ciertas exigencias financieras. El texto del UNIDROIT trae una relación sobre los sujetos contractuales e indica en su art. 2° que la convención regula la operación de crédito locación según la cual una parte (el locador) concluye por indicación y términos aprobados por otra parte (el tomador) un contrato, o contrato de aprovisionamiento, con una tercera persona (el

proveedor) en virtud del cual adquiere un equipo, material o herramientas. En seguida, se concluye un contrato, el contrato de crédito-locación, que da al tomador el derecho de utilizar el material mediante el pago de un alquiler.

2.1.2. Características del contrato de leasing

El contrato de leasing tiene las siguientes características:

Es un contrato atípico: nos parece que la mejor concepción del leasing la encontramos predicando su atipicidad. De esta manera sabremos a qué atenernos para encontrar su justa regulación.

Es cierto que goza de semejanzas con muchas figuras típicas, especialmente el arrendamiento; pero la función económica que cumple la figura, la finalidad buscada por los contratantes y sus especiales características, nos permiten señalar que se trata de un contrato autónomo, complejo y atípico, el cual sirve de apoyo a una operación financiera.

CONSENSUAL: el contrato de leasing se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. Sin embargo, debido a su atipicidad la recomendación de orden práctico es su elaboración por escrito y lo más detallada posible. Después de todo, la disciplina de los contratos atípicos se atiende, en primer lugar a las estipulaciones contractuales.

PRINCIPAL: no necesita el contrato de leasing de ningún otro convenio u obligación para su subsistencia.

BILATERAL: como efecto del contrato surgen obligaciones para las partes intervinientes.

ONEROSO: el contrato de leasing tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, grabándose cada uno en beneficio del otro. Es también conmutativo, pues las obligaciones de cada parte se miran como equivalentes de lo que debe hacer la otra.

DE TRACTO SUCESIVO: es un contrato de duración, las partes permanecen vinculadas por un periodo de largo tiempo, durante el cual surgen obligaciones recíprocas.

DE ADHESION: las compañías de leasing mantienen formas preimpresas del contrato de leasing, elaboradas por ellas a las cuales adhiere el usuario leasing.

Es también un contrato de colaboración.

2.2. Contrato factoring

Este contrato es considerado como una relación jurídica de duración en la cual una de las partes (empresa de factoring) adquiere todos o una porción o una categoría de créditos que la otra parte tiene frente a sus clientes; adelanta el importe de dichas facturas (factoring con financiación), se encarga el cobro de ellas, si así se pacta, y asume el riesgo de la posible insolvencia de los deudores.

Por su parte Jaime Alberto Arrubla Paucar, define el contrato de factoring como aquel acuerdo por el cual una empresa comercial denominada cliente contrata a una entidad financiera denominada compañía de facturación, para que esta le preste un conjunto de servicios en los que incluye principalmente la financiación de sus créditos con sus clientes, asumiendo el riesgo del cobro, a cambio de una contraprestación.

2.2.1. Naturaleza jurídica del contrato de factoring

El contrato se ubica dentro de los contratos de colaboración entre empresas, en razón que la sociedad factoring presta un conjunto de servicios a la facturada, incluso puede ser los de financiamiento a corto plazo, la reducción de los riesgos financieros y es un instrumento para racionalizar la gestión administrativa de las empresas. Atendiendo a todo el conjunto de servicios que se pueden presentar en virtud del contrato, puede decirse que el factoring es un contrato de colaboración en la gestión administrativa, comercial y financiera de la empresa.

Son partes del contrato de factoring, el cliente o facturado y la empresa de facturación el facturado es la persona que celebra con la entidad de facturación el contrato de factoring, con el propósito de liquidar de contado su cartera, además de otros servicios y para tal efecto informa a esta sobre sus clientes, actividades, mercadeo, contabilidad, etc.

La compañía factoring es una empresa financiera, legalmente autorizada para prestar el conjunto de servicios que comprende la operación. Las sociedades comerciales en cuyo objeto se contemple como actividad la realización de operaciones de compra de cartera o factoring, se encuentran sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia según lo dispuso la ley 74 del 21 de diciembre de 1989, el artículo 11, el cual señaló que estas sociedades se organizaran en los términos de la ley 45 de 1923, y las disposiciones que la modifiquen o reformen.

2.2.2. Características del contrato de factoring

ATIPICIDAD: El contrato de factoring no tiene ningún tipo de inserción dentro de nuestra legislación civil o comercial codificada. Por ello, y al no existir ningún tipo de caracterización legal, revisten fundamental importancia para su interpretación los principios generales del código civil y del código de

comercio, la analogía y los principios generales del derecho.

CONSENSUAL: la ley no prescribe forma alguna para expresar el consentimiento para el contrato factoring.

TRACTO SUCESIVO: La nota de duración es característica esencial del contrato y como consecuencia le es aplicable la teoría de la imprevisión y el fenómeno de la terminación ante el evento del incumplimiento.

ADHESIÓN: la empresa factoring prepara en formas preimpresas, tanto los documentos que se utilizan en la etapa precontractual, como el mismo contrato de factoring.

CONTRATO DE FINANCIACIÓN Y FINANCIERO: Es un medio de reducción de riesgos financieros y un instrumento de economía y realización de la gestión de las empresas.

2.3. Contrato de franquicia

La expresión franquicia es *“originada en la edad media como sinónimo de privilegio, equivale en el lenguaje natural, a “libertad y exención que se concede a una persona para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de algún servicio público”.*

“Desde un punto de vista estrictamente económico es un método o sistema de comercialización de un producto o servicio. Es un contrato entre dos partes, por el cual es franquiciante permite al franquiciado comercializar un cierto producto o servicio bajo su marca o símbolo, contra el pago de un derecho de entrada o de regalías, o de ambas cosas. De acuerdo al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) una operación de franquicia es una relación

contractual entre un franquiciante y un franquiciado en la cual el primero ofrece mantener un interés continuo en el negocio del segundo, respecto a áreas tales como know how y entrenamiento, en tanto el franquiciado opera bajo un nombre comercial común y de acuerdo con un procedimiento o patrón establecido o controlado por el franquiciante, haciendo aquel una inversión financiera sustancial con sus propios recursos y en su propio negocio”.

2.3.1. Naturaleza jurídica del contrato de franquicia

El franchising (franquicia) implica, básicamente, un método de colaboración entre empresas distintas e independientes pues se requiere la acción común de las partes para lograr eficacia, desarrollo y ampliación de los negocios en las respectivas empresas. La condición ideal para ello está en la colaboración sobre la base de un equilibrio de poderes y de ganancias entre las partes; pero en la realidad de los hechos es el franquiciante quien impone las condiciones y el franquiciador se somete.

En virtud de este contrato, el franquiciante pone a disposición del franquiciado dos elementos importantes: una determinada técnica empresarial que constituye un conjunto permanente de medio y servicios de apoyo que, prácticamente, aseguran el éxito del franquiciado; y una línea de productos o servicios, con una marca acreditada y de fama en el mercado con un sistema comercial experimentado, uniforme y continuamente renovado. La uniformidad de normas impuestos por el franquiciante a los diversos franquiciados que integran la red, sobre sistemas de comercialización y formas de atención y de presentación de los establecimientos, permite la creación de una imagen de distribución, imprescindible hoy en día en cualquier cadena de expendio al público que pretenda adquirir confiabilidad.

Las partes que intervienen en el contrato son, por un lado el franquiciante o franquiciador que es el titular del know how, titular del diseño, la marca y el que tiene

el derecho a exportarla. El franquiciado o receptor quien es el que contrata para copiar el formato, el diseño bajo su riesgo e inversión.

Estas partes son empresas o personas independientes, aunque se debe tener en cuenta que entre ellas no nace ningún tipo asociativo. Existe autonomía legal, patrimonial y administrativa entre las dos empresas o personas vinculadas.

2.3.2. Características del contrato de franquicia

“ATÍPICO: Porque no está codificado aun cuando haya leyes especiales que hablen de él. Surge de la costumbre mercantil.

ONEROSO: Por su naturaleza mercantil.

CONMUTATIVO: Busca que haya un equilibrio económico para las partes, no que enriquezca a uno y empobrezca a otro ya que cumple una función social.

CONSENSUAL: No requiere formalidad para su celebración a menos que las partes establezcan alguna (existen casos en que se exige que hayan unos planos, diseños y formulas para elaborar un producto)

COMPLEJO: Hay que tener todos los elementos para hacer el producto, como por ejemplo, entregar moldes sustancias para hacer el producto, etc.

LIBRE DISCUSIÓN O ADHESION: El franquiciado establece el modelo del contrato.

INTUITO PERSONA: Las partes hacen un estudio de asociación para saber con quién van a contratar (experiencia, patrimonio, posicionamiento en el mercado, la demanda del producto en el mercado, etc.)

2.4. Joint venture

Para el Corpus Juris Secundum la compilación de la jurisprudencia norteamericana el joint venture es²²³:

“... una asociación de personas que buscan llevar a cabo, con fines de lucro, una empresa comercial individual...”

Sin embargo el Corpus Juris lo ha definido también como *“... la combinación especial de dos o más personas que conjuntamente buscan obtener una utilidad en una empresa específica, sin actuar bajo la designación de partnership o corporation...”*

Actualmente es imposible establecer una única definición de la figura porque existen varios tipos de joint venture, teniendo cada uno de ellos características propias; tampoco existe un derecho de los joint venture, bajo ningún sistema jurídico, ni siquiera en el norteamericano.

Atendiendo a la jurisprudencia norteamericana sobre la materia, podría traerse la siguiente definición: una asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico, para una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar o crear una corporación o el estatus de una partnership en sentido legal.

El joint venture es una unión o agrupación de dos o más personas, naturales o jurídicas, sin el propósito de formar una sociedad para realizar una operación completa en búsqueda de beneficios, asumiendo los riesgos que le son propios.

²²³ PARRA PARRA, José Eurípides. El contrato de Joint Venture. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2004, Pág. 2 y ss.

2.4.1. Naturaleza jurídica del contrato joint venture

Se trata de un contrato atípico, de naturaleza jurídica propia, que tiene lineamientos claros en el derecho comercial comparado. La relación que se establece entre las partes en estos contratos no constituye una sociedad ni una asociación, precisamente porque no hay búsqueda de una utilidad sino un esfuerzo conjunto para obtener producción.

El joint venture se puede calificar dentro de los contratos de colaboración empresarial, dentro de los contratos asociativos, plurilaterales, de duración y de organización.

También podemos establecer que:

- Es mercantil porque las partes que lo celebran suelen ser comerciantes y los actos jurídicos que prometen celebrar son actos de comercio.

- Es formal.

- Puede ser bilateral o plurilateral.

- Es oneroso, porque los rendimientos y gravámenes son para todos los socios.

- En la mayoría de los casos debe estimarse como aleatorio, debido a que el beneficio es incierto en el momento de su celebración.

Las partes intervinientes en este contrato son personas naturales o jurídicas que se asocian para la administración de un joint venture. Dentro del contrato de joint venture se debe especificar lo referente a la administración de la empresa en tres formas:

-Perfilar los detalles administrativos del funcionamiento corporativo tales como auditorias, presupuestos y políticas del dividendo.

-Todo lo referente al manual operativo que regula la forma en que todas las operaciones se llevan a cabo.

-Lo que se refiere a la estructura interna de la empresa, el organigrama de la misma, describiendo las funciones y autoridad de cada puesto.-

En la mayoría de los casos las partes intervinientes en este contrato son empresas de dos o más países y la contabilidad en caso de ser necesario, se llevara en tantas formas como sea exigido por las leyes de cada país.

2.4.2 Características del contrato joint venture

Sus características son las siguientes:

a) Destinado a un proyecto: es el elemento más característico de esta figura; si bien puede durar en el tiempo, nació para concretar negocios específicos.

b) Sujetos: pueden ser personas físicas y/o jurídicas, tanto nacionales como extranjeras.

c) Sus integrantes aportan al proyecto común: Los aportes de las partes intervinientes al emprendimiento pueden estar representados por activos, dinero, conocimientos, recursos humanos, tecnología, bienes o servicios en general necesarios para el objetivo que se han propuesto.

d) Propiedad en común: La existencia de una propiedad en común se ve reflejada

en los balances e inventarios en los cuales se detallan los cativos de propiedad del joint venture.

e) Facultad para representar y obligar

f) Utilidad común: La expectativa del lucro o beneficio .

g) Pérdidas: El derecho a participar en las utilidades que arroja el negocio en común hace a la esencia del joint venture.

h) Conservan su identidad e individualidad: dado que los copartícipes no constituyen un nuevo sujeto de derecho por el cual son absorbidos, conservan su identidad e individualidad. Por ello es que, fuera del proyecto en común, los integrantes conservan la facultad de seguir en otros negocios incluso compitiendo entre sí.

El contrato joint venture, es propio del derecho anglosajón y consiste en que dos partes en virtud de un negocio jurídico de mutuo acuerdo, convienen desarrollar un objeto cuyo contenido es el ejercicio de una actividad industrial y comercial, tales como comercialización, exploración, distribución, generación, transmisión de bienes y servicios, pero que normalmente la actividad está sometida a un riesgo que asume cada socio de acuerdo a las obligaciones especiales que asume cada cual.

Así por ejemplo, los contratistas comparten bienes, servicios, actividades, experiencia, capacidad técnica, financiera, administrativa, operativa poniendo cada quien lo que le corresponde para la ejecución del contrato revestido por un riesgo o aventura de éxito, de tal manera que si el contrato es exitoso ganan ambos contratantes, pero si el contrato genera pérdida desde luego ambos pierden. Se trata de que las partes comparten tanto las ganancias como el riesgo de pérdida.

Es el caso de los contratos estatales de exploración y comercialización de

hidrocarburos celebrados en Colombia por la Agencia Nacional de hidrocarburos con Ecopetrol, o con otras compañías extranjeras de exploración y comercialización de petróleos, en donde las sociedades extranjeras expertas y con la capacidad financiera, administrativa, operativa y técnica se compromete a explorar y comercializar hidrocarburos en ciertas zonas en Colombia por un plazo determinado en donde, el contratista pone toda su capacidad de exploración y el Estado colombiano ofrece su subsuelo que será objeto de exploración, en donde de acuerdo a las matrices de riesgos cada uno asume obligaciones en donde el éxito y ganancias los comparten, pero también las pérdidas.

2.5. Contrato merchandising

Este contrato atípico consiste en la prestación de servicios publicitarios tendiente a promocionar bienes o servicios a cambio del pago de una suma determinada de dinero y por un tiempo determinado. Los sujetos de la relación comercial son el promotor del bien y el propietario del bien o servicio.

El concepto merchandising, concebido como la práctica que consiste en distinguir un producto o un servicio con una marca de renombre, con una creación intelectual o con un aspecto de la imagen de una persona famosa.

Hay que subrayar que el objeto de estos contratos es un derecho de exclusividad que recae sobre un bien inmaterial. De modo que el contenido de cada contrato y su regulación aplicable vendrán determinados por la naturaleza del bien inmaterial.

Este concepto, de origen anglosajón, responde a dos acepciones diferentes que se relacionan en tanto que su finalidad fundamental consiste en aumentar la venta de productos y servicios en el mercado. Sin embargo, se distinguen porque una se preocupa de la presentación del producto en el punto de venta, y, en cambio, la otra persigue distinguir el producto mediante la incorporación de un elemento que goza

de popularidad o prestigio.

La importancia de esta actividad ha dado lugar a la creación de nuevas relaciones entre el fabricante y el comerciante, ya que, entre ellos, no sólo se concluye un contrato que regule la entrega de mercancías (ya sea un contrato de compraventa de mercaderías, de suministro, o bien, estimatorio) sino que además suelen fijar los objetivos relativos al volumen de ventas y a la descripción de los medios aplicados para conseguirlos.

Desde el punto de vista jurídico, se crearán una serie de relaciones jurídicas que vinculan por una parte al fabricante, que intenta colocar sus productos en el mercado, y al “*merchandiser*”, que se encargará de presentar el producto y organizar su distribución con el fin de alcanzar los objetivos propuestos por el fabricante. Asimismo, junto al fabricante y la empresa de merchandising, se encontrarán vinculadas otras empresas que se comprometerán a facilitar la actividad del merchandiser.

En lo que respecta al régimen jurídico aplicable a este contrato, interesa especialmente su calificación como un contrato de arrendamiento de obra. La empresa de merchandising se obliga a prestar estos servicios al fabricante de acuerdo con sus indicaciones y durante un periodo de tiempo.

Se trata de un contrato mercantil. Su mercantilidad viene dada, por una parte, porque ambos contratantes son empresarios. Esto es, por un lado, está la empresa de merchandising que se encarga de la realización de los estudios de producto y, por otro, el empresario que solicita los servicios de investigación, asesoramiento y control de mercado.

La celebración de este contrato, de carácter consensual y oneroso, y su aplicabilidad, puede plantear interesantes cuestiones jurídicas. A título de ejemplo, es posible citar

la que hace referencia a la delimitación del alcance de la facultad de decisión sobre las promociones y ofertas que se otorga a la empresa de merchandising, las posibles similitudes entre las empresas intermediarias y las agencias de publicidad, la aplicabilidad de las normas sobre competencia, la responsabilidad por los daños causados al consumidor, los límites del control que puede ejercer el comerciante en su establecimiento, la utilización del espacio cedido al fabricante para la exposición de sus productos, los efectos del incumplimiento por parte del comerciante de su obligación de organizar el espacio de su establecimiento y de atender las necesidades de los clientes debidamente, etc.

2.6. El contrato putting out system

Es un contrato de prestación de servicios manufactureros como en el cual una parte realiza la manufactura a otra parte, a cambio de una suma de dinero con el objeto de reducir los costos de la producción.

2.7 El contrato just in time

Este contrato atípico consiste en la prestación de servicios en el cual una parte contrata a otra para el ensamble de bienes y la producción de servicios a cambio de una remuneración.

Las siglas J.I.T. se corresponden a la expresión anglosajona "*Just in Time*", cuya traducción podemos denotar como "*Justo A Tiempo*". Y precisamente la denominación de este novedoso método productivo nos indica su filosofía de trabajo: "las materias primas y los productos llegan justo a tiempo, bien para la fabricación o

para el servicio al cliente".

El método J.I.T. explica gran parte de los actuales éxitos de las empresas japonesas, sus grandes precursoras. Sus bases son la reducción de los "*desperdicios*", es decir, de todo aquello que no se necesita en el preciso momento, colchones de capacidad, grandes lotes almacenados en los inventarios, etc. De esta manera, lo primero que nos llama la atención es la cuantiosa reducción de los costes de inventario, desembocando en una mejor producción, una mejor calidad, etc.

2.8. El contrato swap

Este contrato atípico encuentra sus orígenes epistemológicos en la palabra Swaps significa básicamente intercambio, ya que es un genérico que utilizan los diferentes operadores del mercado bursátil de dinero y de cambios.

Resulta un poco complejo definir en términos jurídicos el contrato de swaps, debido a que la regulación que existe sobre este contrato no está contenida en disposiciones legales como tal , sino que se encuentra en disposiciones de menor jerarquía como circulares no jurídicas de la Superintendencia Financiera y la Circular Única de la Bolsa de Valores de Colombia, que exponen la forma en que funciona este contrato en términos financieros. Tales definiciones y pronunciamientos no resultan tan claros y coherentes a luz de la traducción jurídica, y no permiten expresamente entender la naturaleza misma de la operación. Sin embargo, apoyándonos en estas disposiciones se intentara explicar de manera comprensible el contrato de Swaps.

El contrato de swap, conocido también como permuta financiera, es un contrato mediante el cual las partes intercambian simultáneamente flujos de efectivo, que puede ser en distinta moneda o con distinta tasa de interés, durante la vigencia del contrato, con el objetivo de reducir los costos y los riesgos que se puedan llegar a tener por la fluctuación del dinero y la volatilidad de los tipos de interés.

La Superintendencia Financiera de Colombia, define el Swap de la siguiente manera: *“Un swap o permuta financiera es un contrato entre dos partes que acuerdan intercambiar flujos de dinero en el tiempo de las obligaciones, lo cual financieramente se asimila a una serie de contratos forward, cuyo objetivo es reducir los costos y riesgos en que se incurre con ocasión de las variaciones en las tasas de cambio de las divisas o las tasas de interés”*.

Los swaps, consisten en una transacción financiera en la que las dos partes acuerdan contractualmente intercambiar flujos monetarios durante un período determinado y siguiendo unas reglas pactadas.

La Superintendencia Financiera en su Circular externa 049 del 25 de Septiembre de 2008 define claramente el Swaps: Un ‘swap’ es un contrato entre dos (2) partes, mediante el cual se establece la obligación bilateral de intercambiar una serie de flujos por un período de tiempo determinado, en fechas preestablecidas.

Los Swaps se originarán en el momento en que dos partes entran en un acuerdo de intercambio de flujos futuros, de modo tal que cada una de ellas puede acceder a un mercado determinado en mejores condiciones

Aunque el contrato de Swaps es conocido como de permuta financiera, señalando de cierta forma su naturaleza jurídica, no debe confundirse este termino con el del contrato de permuta que se encuentra contenido en el Código de Comercio o con el del Código Civil, ya que este implica la transferencia del dominio sobre una cosa a cambio de un precio o de otra cosa en general, mientras que los Swaps tiene una operación más compleja y en principio no señalan la necesidad de esa transferencia de dominio sobre un activo, salvo en el swaps de divisas que más adelante se explica. Sin embargo se debe resaltar que la permuta es el contrato típico más próximo o semejante al Swps.

2.8.1. Partes intervinientes en el contrato swaps

Pagador: Paga el tipo de interés o tasa fija y recibe el flotante.

Receptor: Paga el tipo de interés o tasa variable y recibe el fijo.

Intermediario Financiero: Cabe aclarar que no interviene en todas las operaciones de swaps.

Corredores: La función del corredor del swaps es encontrar contrapartes con necesidades adecuadas o concordantes. Durante este proceso de búsqueda el corredor asegura el anonimato de las otras partes para que en caso de no realizarse el contrato de swaps no se corra el riesgo de divulgar las situaciones financieras de las empresas. Es importante señalar los corredores adecuan las contrapartes sin que ellos mismo se conviertan en contrapartes de los swaps, por lo que cuando las Instituciones financieras proporcionan este servicio, no asumen ningún riesgo pues no están tomando ninguna posición. Hacen esto a cambio de comisiones. Sin embargo en la actualidad no existe mucha ganancia potencial desarrollando esta labor como si lo había anteriormente, por lo que las empresas financieras han optado por asumir el papel de contrapartes y actuar como agentes de swaps.

Agentes: Ellos mismos asumen un lado de la transacción, es decir, se convierten en una contraparte del swaps. A esto se le conoce como posicionamiento del swaps o poner el swaps en portafolio. Por su servicio ganan un margen de pago-recibo, consistente en la diferencia entre el cupón de swaps que el agente paga y el cupón de swaps que el agente recibe. Si el agente no quiere asumir el riesgo del tipo de cambio o tasa de interés, tiene la posibilidad de alejar los riesgos pro medio de otro swaps.

2.8.2 Naturaleza jurídica del contrato swaps

Los contratos de swaps no se registraban en los estados financieros: sino que eran transacciones hechas fuera del balance de la empresa, es decir, no se mostraban ni del lado de los activos ni tampoco del lado de los pasivos de un balance contable. Si embargo a pesar de esto, los Bancos que manejaban actividades con swaps según lo disponía la regulación de la materia, debían mantener reservas de capital en función de sus portafolios de swaps.

En la actualidad, de estas operaciones de Swaps se debe llevar contabilidad. La circular externa 049 del 25 de Septiembre de 2008 de la Superintendencia Financiera señala, que las entidades registrar todos sus instrumentos financieros derivados, productos estructurados y posiciones primarias cubiertas en sus estados financieros, utilizando las cuentas PUC disponibles.

En el caso de los Swaps, debe tener un tratamiento contable, correspondiente a su componente, en la respectiva cuenta del PUC. Cuando el instrumento financiero arroje un precio justo de intercambio positivo se deben registrar en el activo, separando el valor del derecho y el valor de la obligación, por el contrario, los que arrojen precio justo de intercambio negativo, debe registrarse en el pasivo, haciendo la separación correspondiente.

Par la liquidación de este instrumento financiero se deben cancelar los saldos correspondientes de las cuentas de balance y su diferencia se registra como utilidad o perdida según el caso en la respectiva cuenta del estado de resultados.

Si el saldo acumulado del instrumento financiero derivado en dicha fecha es positivo, debe registrarse inmediatamente en la sub cuenta de ingresos, y si es negativo, debe contabilizarse en la respectiva sub cuenta de egresos

Hay que aclarar que la contabilidad de los Swaps se debe llevar por separado de los demás instrumentos financieros.

2.8.3 Características de los contratos swaps

-Es un contrato Atípico: El contrato de Swaps no tiene un desarrollo normativo, no está contenido en normas de carácter estrictamente jurídico. La regulación de esta operación se encuentra en reglamentos y circulares, no en decretos o leyes. Este contrato se encuentra de forma somera en dos disposiciones la Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia Financiera de Colombia y la Circular Única de la Bolsa de Valores de Colombia.

-Consensual: Se perfecciona con el acuerdo de voluntades. Este contrato por lo general se realiza por medios electrónicos.

-Bilateral

-Accesorio: Se dice que “mas que cualquier otro mercado moderno, el mercado de los swaps depende de la existencia y liquidez de otros mercados. Estos otros mercados incluyen el de deuda corporativa, los mercados de futuros y de opciones, etc.” Si embargo en la actualidad los swaps se pueden utilizar como sustitutos de otros instrumentos, o como complementos a los mismos.

-Oneroso.

-Conmutativo.

-De tracto sucesivo.

-Personalísimo.

-Esta sujeto a dos o más plazos: Puede tener un buen número de fechas de vencimiento.

Es una operación con cumplimiento en un futuro.

-Son hechos a la medida: Es decir, se ajustan a las necesidades de las contrapartes, lo que indica que no son estandarizados. Sin embargo la tendencia se están estandarizando, empezando ya por sus términos (ISDA), creando contratos marco, lo que permite ejecutarlos en mercados OTC (“Corresponde a la sigla de la expresión en inglés **over the counter o sobre el mostrador** y hace referencia a un sistema de negociación bilateral por fuera de mercados organizados como las bolsas de valores o los sistemas transaccionales”, en el que el riesgo de incumplimiento es asumido por ambas partes)., (Claro esta, ajustándolos a las necesidades de las partes, conservando así su característica inicial, es decir hechos a la medida).

-Busca la estabilidad de las tasas de interés.

-Pueden realizarse en mercados OTC o en mercados organizados: En principio tienen lugar fuera de mercados organizados (OTC), por intermediarios financieros en algunos casos, que contratan directamente entre ellos o con sus contrapartes mediante sistemas informáticos de correo electrónico, entre otros. Sin embargo, también se pueden transar en bolsas, sistemas de negociación de valores o aquéllos que se compensen y liquiden en sistemas de compensación y liquidación de valores, en Colombia o en el exterior tal y como se demuestra con la Circular Única de la Bolsa de Valores de Colombia que señala el manejo de operaciones de Swaps en esta bolsa²²⁴.

²²⁴ Superintendencia Financiera en su Circular Externa 049 del 25 de Septiembre de 2008

2.9 El contrato forward

Un contrato 'forward' es un derivado formalizado mediante un contrato entre dos (2) partes, hecho a la medida de sus necesidades, en donde se realizan operaciones de compra y venta anticipada de una cantidad específica de un determinado subyacente o producto, allí el comprador y el vendedor aseguran unas condiciones específicas para la comercialización del mismo en un fecha futura.

En cuanto a las condiciones de su cumplimiento, estas se fijarán en la fecha de celebración de las condiciones básicas del forward, entre ellas, principalmente el precio, la fecha de entrega del subyacente y la modalidad de entrega.

En dicha celebración, no es necesario que el producto exista físicamente o este disponible, sino que al momento de la negociación este en posibilidad de ser entregado. Por los motivos expuestos, la liquidación del instrumento en la fecha de cumplimiento puede producirse por entrega física del subyacente o por liquidación de diferencias, dependiendo del subyacente y de la modalidad de entrega pactada, pudiendo esta última ser modificada de común acuerdo por las partes durante el plazo del instrumento.

Generalmente, en la fecha de celebración del contrato no hay flujos de dinero entre las partes del mismo.

Este tipo de contrato es conocido también como un "contrato a plazo", no siendo estandarizado y cuyo objeto material o subyacentes básicos pueden ser:

- Tasas de cambio,
- Títulos de deuda,
- Divisas,
- Títulos participativos (Otorgan la calidad de Copropietario)

tasas de interés.

Por otro lado, las partes en el contrato de forward contraen recíprocamente obligaciones de dar, en virtud de las cuales una de ellas debe transferir a la otra el activo subyacente, mediante su entrega con la intención de transmitir el dominio y la segunda debe pagar a la primera el precio pactado, cumpliéndose ambas prestaciones en la fecha futura pactada para el efecto.

Sin embargo, es posible concebir un contrato forward cuyo objeto consista en obligación de hacer, como por ejemplo el otorgamiento de una parte a otra de un préstamo, o la entrega de un flujo de fondos, en una fecha futura.

2.9.1 Parte intervinientes en el contrato forward

El comprador: Quien se compromete a comprar el activo en la fecha futura establecida y al precio acordado de antemano.

El vendedor: El cual se compromete a vender el subyacente en la fecha futura establecida y al precio acordado.

2.9.1 Características del contrato forward

- Especifican cantidad y calidad de productos, sitio de entrega, precio y plazo.
- Genera para el vendedor la obligación de entregar el producto en las condiciones pactadas.
- Los forwards no tienen que ajustarse a los estándares de un determinado mercado.
- Es un producto no negociado a través de las bolsas de valores (Bajo los estándares

por estas establecidos) sino de manera particular entre los interesados y de acuerdo con sus necesidades que corresponde a una operación que se denomina 'OTC'.

-Es necesario en aras de imprimirle seguridad jurídica a la operación, que este tipo de transacciones cuenten con su respectivo respaldo documental, mitigando de esta manera el riesgo de la contraparte.

-No afecta la capacidad de endeudamiento de la empresa, ya que no es un crédito.

-No afecta la liquidez de la empresa, ya que no requiere dinero para suscribir los contratos.

2.10. El contrato de opción

Es un acuerdo entre dos partes, comprador y vendedor de la opción; que le da al comprador el derecho pero no la obligación, a comprar o a vender un contrato de futuro, sobre un bien determinado y aun precio específico, pagando a cambio una prima al vendedor de la opción, quien adquiere la obligación si el comprador ejerce la opción. Pueden negociarse opciones sobre una serie de activos muy diversos entre los que cabe mencionar los valores mobiliarios, futuros, índices bursátiles, oro y divisas.

Así pues, los mercados de opciones comparten las mismas características que los mercados de futuros en lo referente a la contratación: sistema de negociación, estandarización de los contratos y cámara de compensación como garante del buen fin de las operaciones. Sin embargo, por ser especialmente sensibles a las fluctuaciones de los precios. Cuanto mayor sea esta fluctuación, mayor de ser tiene la Contratación de una Opción, por lo tanto las Opciones se convierten en un instrumento de redistribución del riesgo que conlleva toda actividad económica.

Bajo el diseño de un Opción el optante limita su riesgo al precio que pagó por la prima, y se somete a las posibles ganancias ilimitadas.

“Las opciones son, dentro de los derivados, el producto más versátil y difundido”.

2.10.1 Naturaleza jurídica del contrato de opción

Son contratos mercantiles en los cuales intervienen agentes profesionalmente dedicados a la intermediación financiera. Surgieron como medida para solucionar la inestabilidad de los precios y controlar los riesgos y por lo mismo para tener una mayor cobertura hay que tener en cuenta los siguientes elementos:

-Riesgo al cual se esta expuesto (abarca tanto la evolución benéfica como la adversa, es decir que evitar riesgo implica evitar no sólo los malos resultados, sino también los buenos).

-Período de cada exposición.

-Monto del Riesgo.

Actualmente existen cada vez más mercados organizados de opciones, entre ellos podemos citar: CBOE, CME, AMEX, CBOT/ MIDAM, BOVESPA, DTB, LIFE, MATIF NYMEX, MEFF RV y MEFF RF.

2.10.2 Partes intervinientes del contrato de opción

Comprador de la opción: adquiere el derecho de opción pagando la prima al vendedor.

Vendedor: contrapartida del comprador. Se obliga a vender (call) o comprar (put) el subyacente a los precios pactados siempre que el comprador de la opción la ejercite. A cambio recibe una prima.

2.10.3 Características del contrato de opción

-Atípico: La doctrina ha considerado este contrato como *suigeneris*, ya que no obstante ser autónomo, su ejecución, además de depender de la voluntad de una sola de las partes, se llevará a cabo en función de los movimientos que el futuro subyacente tenga en el mercado. Por otra parte, se considera un contrato consensual, y el pago de la prima le da carácter de Bilateral.

-Es un Contrato de naturaleza comercial: Su negociación se hace en un mercado organizado, y por versar sobre Contratos de Futuros estos contratos también son estandarizados, por lo que el único elemento negociable es el precio de la prima.

-Al igual que los Contratos de Futuros su negociación se hace por medios informáticos. En la negociación de este tipo de Contratos solamente pueden participar los intermediarios especialmente autorizados por los miembros de cada Casa de Bolsa.

2.11. El contrato underwriting

Para López Cabana lo define como una convención escrita, consensual, atípica, bilateral, onerosa, celebrada entre una entidad emisora y un banco de inversión o una compañía financiera o un banco comercial, con un contenido obligacional variable respecto de una masa de valores mobiliarios y a los fines de asegurar su cobertura.

Arrubla Paucar por su parte afirma, que el contrato de underwritng es el celebrado

entre una entidad financiera con un sociedad comercial, por medio del cual la primera se obliga a financiar en firme o no títulos valores emitidos por la segunda, para su posterior colocación entre el público; admitiendo también la modalidad en la cual no asume el pre-financiamiento, sino que, pone su mejor esfuerzo para lograr colocar los valores.

2.11.1 Naturaleza jurídica del contrato underwriting

Este tipo de contratos tiene similitudes con otros contratos contemplados en nuestra legislación, entre ellos tenemos la compraventa en cuanto que el underwriting toma la totalidad de la emisión para colocarla por su cuenta y riesgo.

Básicamente este contrato por su naturaleza atípica constituye una operación compleja , es una operación de carácter financiero que facilita el acceso de las empresas al mercado de capitales, con el fin de obtener los recursos necesarios para su desarrollo.

2.11.2 Partes intervinientes en el contrato underwriting

a) La entidad encargante: Es la empresa necesitada de financiación que emite, para obtenerla, acciones, bonos u otros papeles comerciales. Se conoce también como la emisora, compañía privada o mixta, la emisora quiere la seguridad de que va a recibir una suma determinada por concepto de la emisión y generalmente no es especialista en la colocación de valores en el público, por tales motivos acude a los servicios de los underwriters quienes servirán de eslabón entre ella y los intervencionistas. En nuestro país pueden ser entidades emisoras las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones.

b) El underwriter: es la corporación financiera o sociedad anónima comisionista de

bolsa la que se compromete a adquirir o colocar la emisión en todo o en parte o simplemente a provocar su colaboración. Se trata de una empresa con especial conocimiento en el mercado de valores. En nuestro país solamente las siguientes personas pueden actuar como underwriter: Corporaciones financieras, Sociedades Comisionistas de Bolsas,

c) La Sindicación: si la cuantía del underwriting es pequeña en relación con el underwriter este puede decidir tomar el riesgo total de colocación de la emisión. Sin embargo, formalmente se forma un sindicato de underwriters.

2.11.3 Características del contrato underwriting

a) Es bilateral: Ya que la entidad financiera y la empresa comercial se obligan recíprocamente la una hacia la otra. La primera se obliga a pre-financiar a la segunda y a colocar la emisión de los títulos valores, mientras que la empresa asume el compromiso de omitir dichos títulos ajustándose a las disposiciones legales y estatutarias.

b) Es consensual: De modo que queda preparado para producir sus efectos propios a partir del momento en que las partes han manifestado recíprocamente su consentimiento.

c) Es oneroso: puesto que la entidad financiera percibe una comisión a cargo de la sociedad comercial como contraprestación de la prefinanciación otorgada y de la colocación de los títulos en el mercado.

d) Es conmutativo: Toda vez que las partes están en condiciones de apreciar las ventajas derivadas de su celebración desde el primer momento, si es que se ha pactado un comisión como retribución.

e) Es innominado y atípico: el contrato no tiene una denominación ni registra una regulación expresa, completa y unitaria en nuestro ordenamiento legal.

f) Es no formal: por cuanto no existe ninguna norma que le imponga una forma determinada.

2.12 El contrato reporto

Este contrato atípico consiste en la compraventa de títulos valores con pacto de retroventa, en el cual una parte adquiere títulos valores mediante el pago de un precio y se obliga a transferirlos al vendedor en un plazo determinado.

El reporto puede definirse como el contrato por medio del cual el reportador, ordinariamente el Banco, adquiere de un tercero (reportado) títulos valores mediante el pago de un precio con la obligación de transferirle los mismos u otros de idéntica especie, contra el reconocimiento de un precio aumentado o del mismo precio, más una prima, comisión o interés.

2.12.1 Partes intervinientes en el contrato reporto

Las sujetos son el reportador, comprador de los títulos valores y el reportado, es decir, el vendedor de los títulos valores.

2.12.2 Naturaleza jurídica del contrato reporto

Es difícil precisar la naturaleza jurídica del contrato, pues se ha querido ver en él una simple compraventa y con más propiedad un retracto convencional, pero lo cierto es que el reporto se presenta con caracteres propios y diferenciales de otros contratos que obligan a calificarlo como figura autónoma dentro de las categorías contractuales, calificándolo como un contrato de crédito.

2.12.3 Características del contrato reporto

-Contrato de Crédito: Su principal finalidad es la de conseguir la liquidez de manera transitoria, por lo que el reportado transfiere los títulos con la intención de recuperarlos, y el reportador contar con un respaldo para la recuperación de su dinero.

-Real: La esencia de este contrato es la transmisión de la propiedad de los títulos y se perfecciona con dicha entrega.

-Transfiere la propiedad de los títulos reportados: El reportador dispone de los títulos, siempre que pueda devolver al reportado otros del mismo género y cantidad, idénticos en sentido jurídico y no físico. Se deben tratar de títulos negociables de manera rápida y de fácil sustitución en el mercado.

-Oneroso: Debido a que la persona que necesita de la liquidez (reportado), se obliga a pagar al reportador un sobreprecio en el momento de la recompra y que es la retribución por el beneficio del negocio.

-Bilateral: Produce obligaciones tanto para el reportado como para el reportador. Las del reportado, en primer lugar, hacer la transferencia de las acciones o títulos al reportador, vencido el contrato readquirirlos, pagar el precio y el correspondiente premio. Y las del reportador, pagar el precio en el momento de efectuarse la transmisión de los títulos de créditos o valores, conservarlos para retransmitirlos.

-Principal: No requiere de otro contrato para su eficacia o existencia jurídica.

Autónomo: Tiene características que lo hacen diferente a los demás contratos similares.

Ejecución Sucesiva: Durante la vigencia del contrato, las partes van ejercitando derechos que les son propios, no se agotan las obligaciones con el perfeccionamiento del contrato.

Aleatorio: Puesto que su objeto recae sobre títulos de crédito o valor, que son cotizados en oferta pública, están sujetos a fluctuaciones de alzas y bajas en precios, e implican una duda o expectativa en cuanto al margen de ganancia o pérdida de determinado negocio.

2.13 El contrato de outsourcing

Este contrato corresponde a una necesidad de la industria y comercialización de bienes servicios del mundo moderno, consistente en que *“Es un contrato en el que una parte, el empresario contratante, decide delegar sus actividades, en la otra parte, el outsourcing, empresa especializada, o profesional, la realización de labores de servicios, actividades administrativas, de producción o de construcción, para que esta, de manera independiente, bajo su responsabilidad y con sus propios medios, y con los elementos que le suministra la contratante, las lleve a cabo”*.

Este contrato consiste en el uso estratégico de recursos exteriores a la empresa para realizar actividades informáticas o de ingeniería de sistemas ejecutadas por personal y recursos internos. Outsourcing es una estrategia de administración por la cual una empresa delega la ejecución de ciertas actividades a empresas altamente especializadas.

2.13.1 Naturaleza jurídica del contrato de outsourcing

Lo esencial para determinar la naturaleza y alcances que ha de tener el contrato es

fijar su objeto preciso. Para ellos, la organización no se debe sentir atada por ninguna categoría o figura predeterminada que la obligue a ceñirse a sus moldes. Lo que tiene que hacer es realizar una lista de las tareas que, según las necesidades de la organización, debería realizar el proveedor de outsourcing.

Con esta lista y examinado lo que demanda al proveedor, se puede determinar si el contrato encaja como una locación de servicios, una locación de obra o como una mezcla de ambas figuras.

Es un contrato de colaboración entre el gran empresario y el pequeño empresario ya que este último no tiene facilidad para competir, pero puede desarrollar actividades económicas de su especialidad.

2.13.2 Partes intervinientes en el contrato de outsourcing

Intervienen el LOCADOR: Persona natural o jurídica que posee unas obligaciones concretas, aun que en algunos casos, será el encargado de realizar un conjunto de tareas o de prestaciones variadas. Lo importante es que sus tareas queden claramente señaladas con todas sus características.

ORGANIZACIÓN CONTRATANTE: Es la empresa que necesita que el proveedor outsourcing o locador entregue determinados productos, un determinado número de retos, etc., dentro de un plazo pactado.

2.13.3 Características del contrato de outsourcing

El ser un contrato de COLABORACIÓN, excluye cualquier vínculo tendiente a

simular o eludir las obligaciones de carácter laboral, es decir, que debe adolecer de cualquier tipo de subordinación o dependencia. Empero la independencia de las empresas contratantes en outsourcing, debe ser real, so pena que deban sujetarse a lo que la doctrina llama el levantamiento del velo societario, veamos:

- Es un contrato mercantil, no laboral.
- Es consensual: por su misma naturaleza mercantil, salvo la exigencia de formalidades.
- De adhesión: las partes pueden discutir las cláusulas del contrato.
- Bilateral.
- Oneroso.
- De tracto sucesivo
- Atípico.
- Principal.

CAPÍTULO QUINTO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL, EXTRA CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL EN LOS CONTRATOS ESTATALES SIMULADOS Y FRAUDULENTOS: EL TESTAFERRATO CONTRACTUAL

SUMARIO. 1. La buena fe, la responsabilidad civil y el daño patrimonial en los contratos estatales simulados y fraudulentos. 2.- La responsabilidad civil en el fraude contractual y el abuso del Derecho. 3.-Los contratos estatales celebrados con personas naturales y personas jurídicas no declarados como unidad de empresas o grupo empresarial. 4.-Los contratos estatales celebrados con personas naturales y/o personas jurídicas declarados como unidad de empresa. 5.-Los contratos estatales celebrados con personas naturales, personas jurídicas, consorcios, uniones temporales que hacen contribuciones a partidos, movimientos y candidatos para financiar campañas políticas. 6.-Los vínculos de consanguinidad, afinidad y civil asociados a personas naturales y jurídicas que celebra contratos estatales. 7.-El testaferrato contractual o contratación por interpuesta persona. 8.-El móvil de la simulación y el fraude en los contratos estatales. 9.- Modalidades y formas de comportamiento del determinador, autores, coautores y partícipes del ilícito contractual de testaferrato en el fraude y simulación en los contratos estatales. 10.-Concepto de diversificación empresarial, unidad de empresa, pirámides financieras, registro de proponentes en los contratos estatales simulados y fraudulentos. 11.-Enriquecimiento sin causa de los sujetos contractuales como presupuesto para el legítimo restablecimiento del carácter conmutativo de los contratos con efectos civiles. 12.-El enriquecimiento ilícito derivado de los contratos estatales simulados y fraudulentos con efectos penales

Es innegable que en las relaciones jurídico negócias se rompen las exigencias del negocio establecidas por el ordenamiento jurídico, en unas ocasiones por el desconocimiento de la norma jurídica o su indebida aplicación y en otras ocasiones por el querer de las partes o de una de las partes con el fin de obtener un beneficio o unos efectos no atribuidos por la ley al negocio jurídico respectivo²²⁵.

En las relaciones jurídico negócias entre los particulares con el Estado, es bien sabido que a los primero los impulsa un interés lucrativo basado en los derechos que

²²⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos Simulados y Fraudulentos. Tomo I y II. Buenos Aires, Eubezal-Culzoni Editores. 2001. Pág. 23 y ss.

les ha reconocido el ordenamiento jurídico, pero no debe dejarse de lado que esos negocios tienen un límite como todo derecho. Límite que encontramos en la ley y en los fines de la contratación estatal; el contrato como medio para alcanzar metas sociales.

Los contratos estatales simulados y fraudulentos se tipifican a partir de la vulneración a los presupuestos legales sobre la materia, teniendo en cuenta que todas las actuaciones de la administración deben estar sometidas al imperio de la ley, y que a sus funcionarios sólo pueden hacer lo que les esté expresamente permitido. De esta manera, es propio que en pro de la transparencia que debe existir en los procesos contractuales del Estado y a propósito del ejercicio del control a la contratación, abordar los posibles y más comunes fraudes en que se incurre en los procesos de contratación pública²²⁶.

Con relación a los contratos estatales, es posible que para su celebración se acuda a la simulación o al fraude contractual valiéndose de justificaciones poco convincentes para celebrar un contrato, de escoger el procedimiento de selección o de escoger el contratista de la administración. De esta manera, tenemos que el inicio

²²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ. Magistrada ponente.SP9225-2014 Radicación n° 37462 (Aprobado Acta No. 226) Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil catorce (2014). VISTOS: De conformidad con las facultades previstas en los artículos 235 – 4 Superior y 32 – 6 de la Ley 906 de 2004, la Corte dicta sentencia, finalizado el juicio oral en el proceso seguido en contra del ex Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, ANDRÉS FELIPE ARIAS LEIVA, a quien el 12 de octubre de 2011, la Fiscal General de la Nación formuló acusación por delitos contra la administración pública. IDENTIDAD DEL ACUSADO ANDRÉS FELIPE ARIAS LEIVA, es titular de la C.C. N° 98.563.386 de Envigado, Antioquia, nació en Medellín el 4 de mayo de 1973, hijo de Rodrigo de Jesús Arias y Sonia Leiva, casado con Catalina Serrano Garzón, padre de dos menores, con estudios superiores en economía, a nivel de maestría y doctorado. CUESTIÓN FÁCTICA: El doctor ANDRÉS FELIPE ARIAS LEIVA fue acusado por la Fiscal General de la Nación como presunto autor responsable de los punibles de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, definidos y sancionados, en su orden, en los artículos 410 y 397 de la Ley 599 de 2000, conductas que estimó cometidas en concurso homogéneo y heterogéneo, material y sucesivo, en las circunstancias de mayor punibilidad establecidas en el artículo 58 numerales 9° y 10° del mismo ordenamiento, esto es, en su orden, la posición distinguida que el acusado ocupe en la sociedad por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio y obrar en coparticipación criminal.

para un fraude contractual lo encontramos desde la etapa de preparación del contrato, en donde se vulneran todos los principios de la contratación establecidos en el EGCAP. Así por ejemplo, para celebrar un contrato de concesión la ley de manera clara y expresa establece que el procedimiento de contratación es la licitación pública y considerar cualquier otra alternativa, de primera mano generaría serios indicios de un fraude contractual.

Para lograr lo anterior, los funcionarios y particulares interesados en el negocio, se valen de elementos engañosos para lograr su cometido. Sobre los motivos para la celebración de un contrato público, RICO PUERTA nos muestra que *“el motivo que induce a la celebración de un contrato de obra pública para la construcción de una carretera, por ejemplo, bien puede estar representado en la imperiosa necesidad que una comunidad tenga de sacar sus productos a los mercados. De construirse una carretera en la cual no puede predicarse estas circunstancias, se estaría en presencia de una falsa motivación y por lo mismo, de una causal de anulabilidad de ese contrato”*. Y concluye, *“en consecuencia, la falsa motivación del contrato estatal tiene su génesis inmediata en los estudios previos, en la etapa pre-negocial, dado que en ella, el Estado debe hacer un exacto análisis de la realidad que va a resolver con el contrato mismo”*.

1. La buena fe, la responsabilidad civil y el daño patrimonial en los contratos estatales simulados y fraudulentos

En la formación y celebración de los contratos estatales, es de gran importancia el acuerdo de voluntades de las partes sobre el objeto del contrato y el alcance de las obligaciones; “en la formulación y contenido del negocio”, pero la autonomía de la

voluntad de los que intervienen en el negocio jurídico no puede sobrepasar la norma jurídica, la norma imperativa; de tal manera, que estas, además de aquellas normas consideradas de orden público, prevalecen sobre el acuerdo de voluntades entre la administración y los particulares.

En los contratos estatales, cuando se presenta algún fenómeno de simulación o fraude se quebrantan los principios del estado social y democrático de derecho en una doble dimensión. De una parte, se vulneran los principios constitucionales de la función administrativa y los cometidos esenciales del Estado, en cuanto el contratos es una herramienta para satisfacer necesidades públicas de interés general; y de otra se quebranta el principio de seguridad jurídica de que está revestido todo contrato como herramienta de garantía de protección de los intereses, derechos y patrimonio de las partes comprometida en todo negocio jurídico, y mas cuando uno de los extremos de la relación contractual es el Estado.

1.1 Los contratos estatales simulados

En los negocios simulados, se encuentran en realidad dos negocios jurídicos, hay un negocio real y uno aparente. El negocio real es el oculto, el acuerdo simulatorio o disimulado y el aparente es el que se evidencia del texto del contrato, es el negocio simulado. Como lo explica MOSSET, *“la simulación concurre, de una parte, a la creación de un apariencia, vale decir de una situación ostensible que todo el mundo conoce o puede conocer, por oposición a la realidad que queda oculta, sino para todos, para la mayoría de las personas, y, por otra parte, la situación creada es falsa, inexacta, en cuanto no corresponda a la realidad que es disimulada. A una situación real que permanece oculta, corresponde una situación aparente y contraria a la realidad”*²²⁷.

²²⁷ GÓMEZ ACEBO, F. La buena y la mala fe en la teoría general del Derecho Privado. Revista de Derecho privado, Madrid, 1952, T. XXXVI, Pág 101 y ss.

En el acuerdo simulatorio, se desconoce la verdadera naturaleza jurídica del negocio celebrado escondiendo una realidad diferente a la simulada mediante el acuerdo de voluntades, presentándose una dualidad en sentido que es posible que la voluntad de las partes apunte a que el negocio disimulado sea distinto al negocio aparente o simulado o por el contrario, que el negocio disimulado sea de la misma naturaleza jurídica del simulado pero con un contenido distinto, en donde se encuentran cláusulas que si son del contenido y de la naturaleza del contrato que se presentan desde la misma formación del negocio jurídico.

Para lo anterior, las partes acuden el negocio simulado valiéndose de diferentes herramientas como pueden ser el testaferrato contractual, la simulación en el objeto del contrato, la simulación en el patrimonio, en el precio, en la fecha de formación del negocio o de las modificaciones en el mismo o la simulación en la causa.

1.2. Los contratos estatales fraudulentos

Los contratos fraudulentos hacen referencia a los límites a que deben someterse las partes en una relación contractual, estas limitaciones no son más que aquellas establecidas por el derecho mediante la ley. De esta manera, todo acuerdo de voluntades debe sujetarse al imperio de la ley que regula la forma y el contenido de los contratos en general.

El poder jurídico acordado a la voluntad privada, el poder de general normas jurídicas o poder jurigenético de la voluntad, otorga una sólida base al intento de reconstruir una noción unitaria del fraude. Se habla en consecuencia, del fraude a la regla jurídica; que comprende tanto el fraude a la regla general, la ley, como el fraude a la regla individual nacida del negocios jurídicos (fraude pauliano).

En cuanto a los negocios fraudulentos, MOSSET, aclara *“que el acto fraudulento no ataca abiertamente la norma imperativa; no representa una rebeldía contra el orden*

jurídico. Por el contrario, exteriormente no aparece y muestra un rostro de legalidad. De ahí que aún a riesgo de recibir ciertas impugnaciones... prefiramos distinguir dentro del género de los negocios antijurídicos: a) los contrarios a la ley, sea en su letra o en su espíritu; b) los en fraude a la ley; y c) los que abusan de los derechos que la ley acuerda. El negocio fraudulento se realiza apoyándose o sirviéndose de una norma, denominada la ley de cobertura, por medio de la cual se viola otra norma, llamada ley defraudada”.

“La ley de cobertura es, por lo general, suficientemente vaga o genérica como para posibilidad la invocación de su ampara”... “Pero la llamada ley defraudada no existe de manera expresa; no se viola ni en la letra ni en el espíritu norma alguna. Esa es la razón de la dificultad de la cuestión. Para que tal norma defraudada aparezca será menester buscar más allá de los *verba legis*; descubrir los fines de la ley, partiendo del bloque único, monolítico, de la legalidad. En consecuencia, citando un texto de Ulpiano en el Digesto (Lib. I. Tit. III, Fraga. 30) *“hay fraude contra la ley cuando se hace aquello que ella no quiso que se hiciera, pero que no prohibió que se ejecutará. Lo que dista el dicho del sentido, esto dista el fraude de lo que hace contra la ley”*

2. la responsabilidad civil en el fraude contractual y el abuso del derecho: las modalidades de selección de contratistas y el fraude contractual

Durante el proceso de selección de los contratistas del Estado, en ocasiones se presenta que las entidades públicas adelantan un proceso de selección sin ser el establecido en la ley para la escogencia de un contratista, violando las normas de contratación estatal lo que se traduce en un fraude a las mismas. El fraude en los contratos estatales, en ocasiones se presenta en todo el iter contractual a partir del momento en que la entidad decide adelantar un proceso de contratación y la determinación del procedimiento no obedece a las principios y reglas consagrados

en la ley, sino que obedece al desconocimiento de la ley y/o motivaciones personales, situaciones de donde surge una relación directa entre el fraude a la ley, la mala fe, el dolo, el abuso del derecho, el engaño, la ilicitud, la defraudación, etc²²⁸.

Los contratos estatales que se celebren utilizando métodos fraudulentos, siempre tendrán un reproche en el ordenamiento jurídico que le negará los efectos que los contratantes buscaron encontrar en la misma norma defraudada es decir la validez del negocio jurídico. De esta manera, como bien lo señala Jorge Mosset Iturraspe, estando por medio una norma imperativa, en cuya vigencia se encuentran interesados el orden público, en sus distintos aspectos, o las buenas costumbres, la nulidad o anulabilidad mencionada será siempre absoluta, no siendo obstáculo para ello la falta de sanción expresa, de una declaración concreta de nulidad; pues es sabido que la nulidad es sanción aplicables a la generalidad de los actos contrarios a la ley, se trata de una infracción abierta o encubierta.

Para descubrir el fraude a ley, los órganos de control o las entidades públicas pueden valerse de cualquier medio probatorio prescrito en la ley, pero en el negocio fraudulento las partes o los terceros beneficiados con el fraude siempre sus participes tendrán cuidado en ocultar todos las pruebas que den indicios del fraude y por el contrario siempre utilizaran las mismas normas para escudarse, de tal manera que se torna importante en los interpretes de la ley tener la suficiente claridad sobre la finalidad de las normas toda vez que es suficiente que esta aparezca violada para que se considere que ha existido un fraude en los contratos estatales²²⁹.

Vale recordar aquí lo dicho anteriormente respecto de las nulidades en los contratos estatales, y es que en tratándose de estos existe una notable diferencia con los contratos del derecho privado, pues mientras en los últimos las nulidades sólo puede

²²⁸ DÍEZ PICAZO, L. El abuso del derecho y el fraude de Ley, en nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones, en Documentación Jurídica, Madrid, No. 4.

²²⁹ RUBINO F. El negocio jurídico indirecto, revista de Derecho privado, Madrid, 1953, Pág 121 y ss. SOLS LUCÍA, Ob. Cit, P. 123.

ser declaradas por el juez del contrato, el EGCAP en tres casos puntuales otorga herramientas a la administración para que una vez se percate de que ha ocurrido una causal de nulidad, pueda ésta declararla mediante acto administrativo, facultad que se encuentra sujeta al control de órganos disciplinarios, fiscal y penal; pues si la administración no hace uso de esta facultad una vez evidenciados los supuestos de la norma, los servidores públicos podrían estar incurso en conductas sancionadas por el ordenamiento jurídico y es donde las contralorías frente al proceso auditor toma ventaja de los demás órganos de control, teniendo en cuenta que las contralorías cumplen sus funciones de control no siendo necesario la denuncia o querrela de parte.

Ahora bien, para empezar a tratar los posibles fraudes durante los procesos de selección de los contratistas del estado, es necesario tener presente que mediante la reciente reforma introducida al EGCAP, ley 1150 de 2007, Ley 1474 se introducen medidas para la eficiencia y transparencia en la Ley 80 de 1993, y en tal virtud la nueva regulación establece como modalidades de selección la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación de directa, estableciendo las condiciones y reglas para cada una de las modalidades.

Determinar el procedimiento de selección que se va a utilizar para contratar determinado objeto contractual, aunque en ocasiones sea una labor complicada, el servidor público responsable del proceso de contratación debe realizar las gestiones y estudios necesarios a fin de determinar con certeza jurídica cual es el procedimiento a utilizar para contratar las actividades requeridas por la administración. Lo que no se puede, es llegar al absurdo de creer que la administración en aquellos casos en donde la estructuración del proceso es complicado, que esta decida tomar una decisión facilista. Por ejemplo, si existe duda en determinar si el procedimiento que se debe adelantar para contratar determinado objeto, es una licitación o una contratación directa, se escoja la licitación pública.

2.1 El fraude en razón a la cuantía del contrato estatal

En razón a la cuantía de los contratos estatales, determinada esta de acuerdo con el presupuesto anual de cada entidad, la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011 previeron los requisitos, procedimientos y formalidades a los que deben someterse estos contratos. De esta forma, podemos identificar aquellos negocios jurídicos que se han celebrado “en fraude a la ley y negocios contrarios a ley y con abuso del derecho”. Ambos negocios antijurídicos, pero en concordancia con lo dicho anteriormente, los primeros, es decir los celebrados mediante fraude a la ley, persiguen un resultado que no equivale a los perseguidos por la ley no obedecen a su espíritu y los segundos los contrarios a la ley, que son celebrado contra expresa prohibición del ordenamiento jurídico.

Con base en lo anterior, tenemos que conforme a la cuantía se pueden celebrar tres contratos distintos, teniendo en cuenta el presupuesto anual de cada entidad expresado en salarios mínimos legales mensuales, de tal manera que tenemos contratos de mayor, menor y aquellos equivalentes al 10% de la menor cuantía y por cada una de esa clasificación aplicaremos el procedimiento que establezca la ley. Aquí es importante aclarar, que para determinar el procedimiento de selección, no sólo basta tener en cuenta la cuantía del proceso, sino también otro elemento como el objeto.

En cuanto a la cuantía, la Ley 1150 de 2007, en el literal “b” del artículo segundo, establece que se adelantará por el procedimiento de selección abreviada la contratación de menor cuantía y para el efecto fija la menor cuantía para las entidades públicas teniendo en cuenta el presupuesto de las entidades estatales, expresado en salarios mínimos legales mensuales.

No obstante lo anterior, no todos los procesos contractuales de menor cuantía se

adelantan por el procedimiento de selección abreviada, pues en esos casos específicos se ha señalado un procedimiento diferente en razón ya no de la cuantía si no del objeto del contrato y que trataremos más adelante.

Teniendo en cuenta los monto de la menor cuantía, se establece la mayor cuantía y la menor cuantía. La mayor cuantía corresponde entonces a aquellos procesos cuyo presupuesto sobrepasa el valor de la menor cuantía y entonces el procedimiento se escogerá teniendo en cuenta el objeto del contrato y en tal sentido podrá ser cualquiera de los cuatro procedimientos que señala el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

2.2. El fraude en razón al objeto del contrato estatal

Durante la etapa de formación de los contratos estatales, es posible que las partes o más bien la entidad contratante, decida adjudicar o celebrar un contrato por el proceso de selección que no corresponde, pero ya no en atención a la cuantía, sino que se vale de malabarismos jurídicos para justificar, por ejemplo un proceso de contratación directa en donde de conformidad con la ley, no corresponde.

Conforme a lo anterior, en un contrato para la defensa judicial de una entidad, lo que se tiene en primera instancia es que este es un contrato de prestación de servicios profesionales con una persona natural o jurídica, y por tanto, el procedimiento de contratación debe someterse a la contratación directa y en este caso no habría complicación. Pero, si la entidad necesita a una persona natural o jurídica no para que sea apoderado en un proceso judicial de manera particular, sino para que se encargue de la defensa judicial de la entidad, el procedimiento de contratación no puede ser el de contratación directa. En este caso, lo procedente es celebrar una licitación pública o selección abreviada dependiendo de la cuantía del contrato.

2.3. El fraude en razón a la naturaleza, cantidad, estado, calidad de los bienes, servicios, el acto de recibo y entrega a satisfacción

En todo proceso de contratación, la entidad estatal antes de proceder a adelantar el respectivo proceso, debe contar con todos los estudios previos en donde se especifiquen el alcance del objeto de los bienes, servicios u obras a contratar. Los estudios previos en conjunto con los pliegos de condiciones determinan las condiciones y características del objeto del contrato. En estos documentos con los cuales debe contar la administración antes de iniciar el proceso de contratación, se establecen los requisitos mínimos sobre la viabilidad de ese proyecto y las características sobre la ejecución del contrato, lo cual comprende la calidad de los bienes que se van a utilizar en la ejecución del objeto del contrato.

Bajo los anteriores presupuestos, la administración al terminar el plazo de ejecución del objeto del contrato, durante las entregas parciales que se hagan del mismo o durante la ejecución del contrato, debe verificar que el cumplimiento del contrato se ajuste a los requerimientos de la administración y que quedaron consignados en los pliegos de condiciones. Teniendo en cuenta estos presupuestos, se puede evidenciar un fraude durante la ejecución del contrato.

Ese fraude en la ejecución de los contratos estatales, se presenta cuando el contratista con el beneplácito de la administración no cumple, o cumple de manera defectuosa el objeto del contrato y la entidad pública contratante no ve ningún reparo en permitir que el particular siga ejecutando el contrato o que le reciba los productos a satisfacción. Para llegar a establecer un posible fraude en la ejecución del contrato, debe tenerse en cuenta que tipo de obligaciones contrajo el contratista para con la entidad en virtud del contrato. De esta manera, encontramos que puede haber contratos con obligaciones de dos tipos, obligaciones de medio y obligaciones de

resultado. La obligación será de medio o de resultado, según la mayor o menor probabilidad que tenga el deudor de alcanzar el objetivo último buscado por el acreedor al celebrar el contrato.

Tomando como fundamento lo anterior, es posible afirmar, que si desde antes de iniciar la ejecución del contrato, las partes conocen a detalle el alcance del objeto del contrato y sus especificidades su resultado debe ser asegurado conforme las exigencias de los pliegos de condiciones y asegurados por el contratista y de otra parte, a la administración le asiste el deber de recibir lo efectivamente pactado en el contrato.

Se exceptúa de lo anterior, aquellos contratos que por la naturaleza de sus obligaciones el contratista sólo se compromete a realizar una labor y no se pueden comprometer a lograr un objetivo. Pasa lo anterior, en aquellos contratos suscritos con abogados, médicos etc., en donde sólo se comprometen a poner en práctica todo su conocimiento, experiencia, pericia, para lograr un objetivo, sin que esto implique que se comprometen a alcanzar un resultado.

3. Los contratos estatales celebrados con personas naturales y/o jurídicas no declarados como unidad de empresas o grupo económico empresarial

En Colombia existen disposiciones legales que regulan la declaración de unidad de empresas, con el fin de administrar y manejar en unidad de caja los aspectos financieros y contables de las distintas empresas, ya que las mismas independiente de su existencia jurídica individual, hacen parte de un mismo grupo económico, en cuanto están administradas y dirigidas por una misma línea directiva, y finalmente los propietarios, órganos administradores y asambleas tienen toda una estructura que obedecen unos mismos lineamientos.

En este caso, cuando la Superintendencia de Sociedades declara mediante acto

administrativo declarar la unidad de empresa, para la administración pública contratante es fácil identificar la existencia o no de las causales de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses establecidas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1474 de 2001, para participar en proceso de selección y celebrar contratos con la administración pública; ya que ésta declaración administrativa permite establecer con certeza jurídica que no pueden participar dos empresas simultáneamente al mismo proceso de selección, como también es posible establecer la relación entre una empresa y otra para evitar que el contratista constructor tenga como interventor y supervisor un contratista singular o plural que sea miembro del mismo grupo económico.

Pero cuando en el mercado existen múltiples empresas, con objetos sociales diversificados, controladas por las mismas directivas y propietarios de un grupo económico que existe de hecho, pero que jurídicamente no ha sido declarada como tal; esto finalmente se convierte en un mecanismo que impide identificar la existencia de una inhabilidad, incompatibilidad y conflicto de intereses, ya que éstas causales son de naturaleza taxativa, de reserva legal y de interpretación restrictiva, y ello conduce a que la administración que desconoce esta situación declare admisible varias ofertas para un mismo proceso de selección y que un contratista de obra tenga como interventoría una empresa del mismo grupo, ya que éstas se presentan con una apariencia de independencia que se demuestra jurídica y documentalmente, pero que de manera oculta son administradas y controladas por un mismo grupo económico, además amparada por el velo corporativo empresarial

4. Los contratos estatales celebrados con personas naturales y/o personas jurídicas declarados como unidad de empresa o grupo económico empresarial

De allí que las administraciones públicas contratantes, en los pliegos de condiciones tengan el deber de señalar que no podrán presentarse a un mismo proceso de

selección dos o mas ofertas singulares o plurales que pertenezcan a un mismo grupo o unidad de empresa de derecho, debidamente declarada por acto administrativo ejecutoriado expedido por la Superintendencia de Sociedades; así como tampoco se podrán presentar dos o mas ofertas plurales o singulares que pertenezcan a empresas que tengan vínculos de hecho entre sí y que sean controladas por unas mismas líneas, directrices y empresas matrices, de tal manera que de existir la entidad pública podrá rechazar todas las ofertas independientemente de su orden de presentación, en uno y otro caso, ya por unidad de empresa de hecho o de derecho; con ello se garantiza que un interventor no le realice vigilancia a un contratista de su mismo grupo económico; como tampoco que participen en una misma licitación con más de una propuesta.

5. Los contratos celebrados con personas naturales, personas jurídicas, consorcios, uniones temporales que hacen contribuciones a partidos, movimientos y candidatos para campañas políticas

Ya decíamos que los oferentes o contratistas singulares, son aquellas personas naturales y jurídicas que intervienen en una actuación precontractual, contractual y postcontractual por sí mismas, sin colaboración empresarial alguna. Por su parte, el oferente o contratista plural es aquél que participa en un proceso de selección y celebra un contrato estatal como consorcio o unión temporal, y para el caso de la oferta quien participa como promesa de sociedad futura.

La Ley 1474 de 2011 en su artículo 2o dispuso como causal de inhabilidad, que las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y alcaldías con aportes superiores al 2.5% de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral establecidas por el Consejo Nacional Electoral, no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

Esta inhabilidad es temporal, por cuanto tiene vigencia por el periodo para el cual el candidato fue elegido, lo que indica que si el servidor público fue suspendido disciplinariamente, o se le impuso medida de aseguramiento o está separado del cargo por una causal de retiro temporal, de todas maneras la inhabilidad sigue vigente, por cuanto la norma de manera clara señala que está vigente la inhabilidad durante el periodo para el cual fue elegido, a menos que el reemplazo sea elegido mediante sufragio universal.

Esta inhabilidad se aplica a todas las empresas que sean miembros de un mismo grupo económico, a por unidad de empresa de derecho o por vía de hecho. Así mismo, deberán tener en cuenta para la inhabilidad en los casos en que no haya declaración administrativa de unidad de empresa, los vínculos hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil del representante legal o cualquiera de los socios de sociedades distintas a las anónimas abiertas dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1474 de 2011.

6. Los vínculos de consanguinidad, afinidad y civil asociados a personas naturales y jurídicas que celebran contratos estatales

Cuando se trate de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses para participar en procesos de selección y contratar la interventoría para realizar vigilancia a un contrato estatal; así como para contratar con entidades estatales donde el Alcalde, Gobernador o Presidente haya recibido aportes superiores al 2.5% de los valores que se pueden invertir en la campaña debe tenerse en cuenta, que si existe la declaración administrativa de unidad de empresa, basta la acreditación del acto administrativo ejecutoriado donde aparece a cada una de las personas naturales y jurídicas que hacen parte de ellas; y si se trata de grupos empresariales de hecho, se debe acreditar con los certificados de existencia y representación legal de las Cámaras de Comercio, contratos de asociación futura, y la prueba de los vínculos de

consanguinidad en segundo grado, así como el segundo grado de afinidad y primero civil.

7. El testaferrato contractual o contratación por interpuesta persona

El testaferrato contractual es un instituto de naturaleza doctrinal, que consiste en que una persona natural o jurídica directamente, o través de contratistas plurales como consorcios o uniones temporales presentan ofertas en los procesos selectivos contractuales de las entidades públicas y celebran contratos estatales de una o mas tipología, con la finalidad de añadir la aplicación del régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses.

De allí, que quien no puede celebrar contratos acude a los sujetos contractuales singulares o plurales a fin de acceder de manera ilegal a los contratos de las administraciones públicas, y se les denomina testaferrato contractual, o contratación por interpuesta persona porque jurídica y materialmente existe de manera aparente un contrato estatal celebrado con un contratista que reúne los requisitos de capacidad legal para el mismo, pero que existe un verdadero contratista detrás del contratista, éste último de manera oculta, pero que es quien verdaderamente controla el emporio contractual, es quien señala las directrices contractuales, y es el verdadero depositario de las utilidades del contrato.

8. El móvil de la simulación y el fraude en los contratos estatales

En palabras de MOSSET ITURRASPE, *“el motivo que determina a las partes en un negocio jurídico a actuar en fraude a la ley no es otro que el designio de evitar los alcances de una norma cuya preceptiva no puede ser dejada de lado”*. Mediante el

contrato estatal, no sólo se comete el fraude con el designio de ganarse un proceso de selección, o de obtener una contraprestación mayor a la que en derecho corresponde; sino también, se puede utilizar el contrato como medio para la evasión de impuestos, para el ocultamiento de inhabilidades e incompatibilidades, se comete un fraude para evadir la acción de la ley ante una posible acción de repetición.

Por otro lado, la causa del fraude o de una simulación en un negocio indiscutiblemente lleva consigo que una de las partes se beneficie de ese negocio, convirtiendo al defraudador principal en el negocio y la otra parte, será un cómplice del contrato fraudulento. Con los negocios fraudulentos, se obtiene un beneficio desde el mismo momento en que realiza el negocio viciado; pues con el se evita, por ejemplo, que los descalifiquen en un proceso de selección, se evita que le embarquen los derechos económicos de un contrato, etc.

En cuanto a la fines del negocio fraudulento, podemos afirmar que pueden ser los mismo que encontramos en una desviación de poder o una falsa motivación de los actos o contratos de la administración; y en tal sentido, *“como lo anota JOSÉ ROBERTO DROMI, en la desviación de poder se hace uso de las facultades legales y se toma a la ley como medio para consumir la arbitrariedad”*. De esta manera, reconoce las siguientes modalidades para la arbitrariedad:

-Fin personal, cuando el acto ha sido producido para satisfacer una animosidad del agente (venganza, partidismo, favoritismo, lucro, etc.)

-Fin extraño, el querer favorecer el interés particular de un tercero en detrimento de otro; por ejemplo si un funcionario puede en el caso contratar directamente sin licitación pública, contratar con una empresa determinada porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato.

-Fin administrativo distinto a la ley, cuando se protege un interés de

carácter general pero diverso a aquel querido por la ley de la función. Éste es un caso común de desviación de poder. El funcionario imbuido de un erróneo espíritu fiscaliza y estadista pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la administración y del Estado. Por ejemplo, el aplicar el mayor número de multas, no para desalentar el incumplimiento de las ordenanzas sino para obtener fondos para la comuna.

9. Modalidades y formas de comportamiento del determinador, autores y partícipes del ilícito contractual de testaferrato, fraude y simulación en los contratos estatales

Siempre que por una de las partes o ambas en un proceso de contratación pretendan simular el negocio, existirá en ellos el interés de ocultar, de cometer la falsedad, de engañar mediante la celebración de un contrato aparentemente revestido de legalidad.

Esta posibilidad de fraude es posible en la contratación con personas jurídicas y naturales. En cuanto a los primeros, puede ocurrir por una simulación de la persona jurídica o en la persona jurídica; para MOSSET ITURRASPE, *“en el primer caso la simulación afecta a la constitución misma de sociedad ya sea porque se produce la creación de entes ficticios que carecen en absoluto de realidad, ya sea porque se disimula bajo la apariencia de una sociedad la celebración de otro negocio o porque se disimula el tipo verdadero de la sociedad o el carácter de sucursal o filial”*. En el segundo caso, simulación en la sociedad, el ocultamente recae sobre la vida y el desenvolvimiento del ente jurídico y no sobre su origen; afecta la conducta de ella frente a la ley y a los derechos de los terceros, a lo que debemos agregar que también puede resultar del ocultamente de las condiciones personales de socios que podrían afectar la validez de los contratos que celebre esa sociedad.

9.1. Noción y alcance del testaferrato en los contratos estatales

El testaferrato contractual, consiste en que varios sujetos contractuales participan en un mismo proceso contractual o en distintos procesos y diferentes entidades en el que están incurso en causales de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, para ocultarlo, evadirlo o evidenciarlo se aprovechan del velo corporativo de su organización empresarial, o en los casos en donde no hay unidad de empresa evitan mostrarse como tal o como una misma unidad de negocios de hecho.

9.2. Los contratos estatales simulados y fraudulentos de prestación de servicios con prima de éxito

Debe tenerse en cuenta que los contratos de prestación de servicios profesionales, conforme al Código Civil, el Código de Comercio, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 2474 de 2008 y la Ley 1474 de 2011 el Decreto 734 de 2012, el Decreto 1510 de 2013, y el actualmente vigente Decreto único reglamentario 1082 de 2015, por tratarse de negocios jurídicos previstos en la ley, es de aquellos contratos denominados típicos, así como también ese de aquellos de contratación directa y cuya remuneración debe estar fundamentada en los estudios económicos en una relación conmutativa de equivalencia entre el objeto, las obligaciones y los resultados obtenidos en virtud del contrato.

De allí, que las administraciones públicas acuden al sistema de remuneración fija, e cuanto establece unos honorarios fijos para el contratista de prestación de servicios, pero también conforme al objeto y obligaciones especiales, en ocasiones es dable que las administraciones públicas acudan al sistema de remuneración a través de honorarios pactados, pero sometidos al alea del éxito del contrato, es decir, de los resultados obtenidos. Así las cosas, encontramos que por ejemplo si el contratista de prestación de servicios asesora a la entidad pública en la estructuración de un

negocio rentable para la administración, la entidad a título de remuneración puede pactar un porcentaje de ella utilidad que reciba la administración, de tal manera que si la entidad no obtiene utilidades o no resulta el negocio posible, el contratista no obtiene remuneración en cuanto no se ha dado el resultado esperado.

Lo mismo ocurre, cuando el alea judicial implica que la administración puede ganar o perder un proceso ante la administración de justicia, lo que implica que el contratista de prestación de servicios en este caso el Abogado apoderado si obtiene resultados positivos o exitosos, obtendrá un porcentaje del valor que se ganó la entidad en la demanda o que dejó de pagar. La Ley no establece un porcentaje fijo, pero las entidades en los estudios de oportunidad y conveniencia lo establece, con la incertidumbre de que los jueces disciplinarios y penales al no existir la tarifa legal, en cuanto la Corte Constitucional las declaró inexecutable, puede llegar en su criterio a establecer que es desproporcionada, lo cual es bastante peligroso para la seguridad jurídica.

De otra parte, es costumbre que entre los abogados suscriban contratos de gestión jurídica de negocios, en donde los Abogados pactan honorarios a prima de éxito, esto es, que si por ejemplo al oferente le adjudican el contrato, o al contratista le revocan una sanción o le reconocen un desequilibrio económico o le despachan favorablemente una pretensión administrativa, se presenta la causa jurídica que da lugar al pago de los honorarios a título de prima de éxito.

Debe tenerse en cuenta que en ocasiones tanto los jueces penales como disciplinarios, descubren o establecen que formal y aparentemente es un contrato de prestación de servicios profesionales cuyos honorarios se pactan a título de prima de éxito, pero de manera oculta y real son contratos para darle apariencia de legalidad a exigencias ilícitas a los contratistas. El primer indicio es si el porcentaje es desproporcionado a la gestión del apoderado, sin perjuicio de que el juez tenga igualmente que valorar el carácter privado del contrato entre dos agentes del

mercado, que de todas maneras está sometido al principio de autonomía de la voluntad de las partes, siempre que este contrato no esté relacionado con vínculo alguno con los funcionarios públicos que adjudican, celebran el contrato o resuelven las reclamaciones.

9.3 Los contratos de fiducia mercantil irrevocable que tienen como fuente de ingresos la facturación de contratos estatales mediante cesión de derechos económicos

En ocasiones, los contratistas estatales acuden a las entidades financieras para acceder a créditos o a sistemas de financiación del contrato para lo cual entregan como garantía el contrato suscrito, esto es, si lo que solicita el contratista es un crédito, la entidad financiera puede aceptarle como garantía el contrato suscrito en el sentido, que de no cumplir con el pago puede solicitar a la entidad o a los jueces las sumas de dinero que tenga el contratista con cargo al contrato pignorado en esa entidad.

El otro mecanismo, es que el contratista estatal suscriba un contrato de fiducia mercantil irrevocable con una entidad financiera que le ha aprobado un crédito, en donde los ingresos de la fiducia están conformados por el pago de la facturación que hace el contratista a la entidad, sobre la base de que el contratista sólo puede facturar conforme a las estipulaciones del contrato, por ciertos periodos, contra la ejecución del contrato, y luego de descontarles los impuestos, multas, compensaciones, embargos eco, lo que queda se paga por orden del contratista a la sociedad fiduciaria. Para ello, la entidad pública deberá aceptar hacer el pago a la sociedad fiduciaria y no al contratista.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si bien el contratista cede los derechos económicos que este tenga en el contrato, debe precisarse que lo que se cede no es el contrato, ni los derechos económicos de éste, sino la facturación que tenga con

cargo a ese contrato el contratista que suscribió con la sociedad fiduciaria el contrato de fiducia, pues esto supone que si el contrato se caduca, se cede, o se da por terminado o se decreta medidas cautelares judiciales, todo esto tiene prelación frente a la fiducia y solo se paga de ella factura lo que quede después de los descuentos, y si el contrato se da por terminado o se cede a otro contratista, cesa para la entidad pública el deber de seguir transfiriendo el valor de la facturación con cargo a ese contrato.

9.4 Los subcontratos y ofertas mercantiles suscritos con contratistas estatales para suministrar bienes y servicios

Es bien sabido que en el mundo real de la ejecución de los contratos estatales, los contratistas para ejecutar las obligaciones adquiridas tienen que acudir al mercado de los subcontratistas y los proveedores de bienes, materiales y servicios.

Para ello se suscriben subcontratos, entre el contratista estatal y el particular que va a ejecutar parcialmente un componente del mismo, esto es, que conforme a las estipulaciones del contrato se puede subcontratar el porcentaje que éste determine, los ítems del contrato que se permita, y en ocasiones el contrato establece que la entidad pública debe aprobar los subcontratos al contratista estatal a fin de llevar un control de quienes son los colaboradores del contratista para ejecutar el contrato.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que el Decreto 1510 de 2013 dispone que el contratista debe mantener a la entidad indemne en los negocios jurídicos que suscriba con los subcontratistas. Así mismo, la entidad pública para obtener el suministro de los insumos, materiales, maquinaria, bienes y servicios acude a las ofertas mercantiles para amparar y garantizar la efectiva proveedora de todo aquello que requiera el contratista para ejecutar el objeto del contrato.

Es importante precisar que tanto las ofertas mercantiles y los subcontratos, deben

estar amparados por los mecanismos de cobertura del riesgo de que habla el decreto 1510 de 2013, pues el riesgo es muy alto, ya que en ocasiones esto constituye una fisura para que los contratistas estatales se apropien de los anticipos, que por fortuna ahora serán manejados ahora por una fiducia o patrimonio autónomo en virtud de lo dispuesto en el artículo 91 en la Ley 1474 de 2011, que debe legalizar con la acreditación documental, con el suministro, existencia y arqueos en las bodegas o campamentos del contratista de los bienes y servicios adquiridos.

9.5 El rol de la entidad contratante, de los interventores y supervisores en el giro, manejo, inversión y la liquidación de los anticipos

Con la expedición de la Ley 1474 de 2011, las entidades públicas deberán incorporar en los pliegos de condiciones y en las estipulaciones del contrato estatal la obligación de que el contratista constituya una fiducia mercantil para el manejo del anticipo, al cual debe hacerse control por parte del interventor al giro, desembolso, manejo de la cuenta, rendimientos, pagos, a la aprobación del plan de inversión del anticipo, su inversión, compra de bienes y servicios, verificación en las bodegas etc.

Así mismo, la entidad fiduciaria será la responsable de que el contratista invierta los recursos en el contrato y que los bienes y servicios adquiridos se pueda comprobar su existencia en las bodegas y campamentos del contratista.

9.6 Las actas bilaterales fraudulentas de liquidación de los contratos y de los actos unilaterales de liquidación de los contratos estatales

De conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, los contratos estatales se liquidan de acuerdo a la forma prevista en el mismo contrato, denominada cláusula convencional de liquidación del contrato, o en su defecto se aplica el mecanismo de liquidación previstos en la ley, así como los términos y el procedimiento previsto en ella.

Así las cosas, la liquidación bilateral o de mutuo acuerdo prevista en el contrato o la prevista en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, consiste en que una vez terminado el contrato, se debe realizar una operación administrativa con el fin de establecer el cumplimiento y ejecución de cada una de las obligaciones, el cumplimiento en el plazo, la inversión de los recursos, la entrega de los bienes, servicios y obras contratadas, la liquidación del anticipo o pago anticipado, con el fin liquidar las obligaciones y prestaciones ejecutadas y los pasivos y activos del contrato.

Las partes, de mutuo acuerdo dentro del término, requisitos y procedimientos previstos en el contrato y en la Ley según el caso; llegan a los acuerdos, conciliaciones y transacciones para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Para ello, se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato o la estabilidad de la obra, la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de respuestas y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

Las actas fraudulentas de liquidación bilateral, consisten en la suscripción de las mismas, incluyendo bienes, obras y servicios recibidas a satisfacción, cuando en realidad los bienes y servicios son de calidad, cantidad y precio inferior a los contratados, cuando se hacen revisiones, compensaciones, reconocimientos, transacciones y conciliaciones en favor del contratista sin que tenga fundamento contractual alguno.

Si la liquidación unilateral del contrato se hace mediante acto administrativo, y la administración incorpora en el acto administrativo bienes, obras y servicios recibidas a satisfacción, cuando en realidad los bienes y servicios son de calidad, cantidad y precio inferior a los contratados, cuando se hacen revisiones, compensaciones, reconocimientos, transacciones y conciliaciones en favor del contratista sin que tenga

fundamento contractual alguno; el acto administrativo está incurrido en causal de nulidad del acto, así como también los servidores públicos que expiden el acto incurren en el delito de prevaricato por acción en concurso heterogéneo con el delito de peculado en la cuantía que se le reconozca, así como falsedad ideológica en documento público, además del daño patrimonial que se perseguirá a través de la acción fiscal.

9.7 Las actas fraudulentas de recibo y entrega de los bienes y servicios contratados

En los contratos de obra en cualquiera de sus modalidades se pactan entregas parciales de obra en la medida en que se vaya ejecutando el contrato, cuya sumatoria constituye la entrega total de las obras contratadas. Así mismo, en los contratos de suministro de bienes y servicios a plazos, conforme a la cláusula de entregas parciales o de prestación del servicio, la administración va suscribiendo las actas de recibo a satisfacción cada vez que el contratista entrega y la administración recibe periódicamente. Las actas de entrega y recibo de la obra y de los bienes y servicios contratados, suscritas de manera fraudulenta, consiste en consignar en ella, valor, cantidad, naturaleza y especificaciones distintas a las realmente contratadas, de tal manera que el acta muestra una aparente conformidad entre la ejecución del contrato y las estipulaciones del mismo, pero materialmente la ejecución del mismo es irregular. Allí existe daño patrimonial perseguible desde el punto de vista fiscal, falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación o en favor de terceros según el caso, y mediante acción contractual hay lugar a demandar la revisión del contrato.

9.8 Las adiciones en plazo, adiciones en recursos, contratos adicionales y mayores cantidades de obras y suspensiones de los contratos simulados y fraudulentos

Las adiciones en plazo, es lo que conocemos como la prórroga en el plazo del contrato, y se hace mediante mutuo acuerdo siempre que haya justificación, ya que ésta consiste en concederle al contratista ampliación del plazo para la ejecución del mismo, cuando por circunstancias ajenas a las partes no se pudo ejecutar el contrato dentro del plazo inicialmente previsto. Pero si la causa es imputable a alguna de las partes, la parte responsable deberá asumir los mayores costos por mayor permanencia o por cualquier otra causa. Si la causa es imputable al contratista, deberá asumir frente a la entidad los mayores costos en que incurra la entidad por la prórroga del contrato de interventoría.

A la entidad le paga la interventoría los costos por la adición al contrato de interventoría por la prórroga del contrato vigilado, pero debe exigirle al contratista en el acto de prórroga que acuerden que de las cuentas acepte el descuento del valor pagado a la interventoría.

Cuando la adición en plazo o prórroga se hace, asumiendo la entidad los mayores costos, mayores permanencias por causas imputables al contratista, se constituye en un fraude a la ley para las partes que es el contrato, puesto que es una forma de defraudar el patrimonio público, haciendo reconocimientos económicos sin causa jurídica alguna.

Las adiciones en dinero a los contratos, las actas de mayores cantidades de obra, y los contratos adicionales, en ocasiones son utilizadas de manera fraudulenta para evadir los procedimientos de licitación, concursos de méritos y de selección abreviada, debido a que no existe identidad de objeto, y las actividades y cantidades adicionadas no son necesarias para la finalidad que debe cumplir las obras, bienes y servicios contratados.

Allí existe, por parte de los funcionarios y el interventor falta disciplinaria, y en materia

penal existen delitos contra la administración pública, de celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos esenciales en concurso heterogéneo con interés indebido en la celebración de contratos, sin perjuicio de los daños patrimoniales en que se incurra. Esas operaciones contractuales son fraudulentas porque vulneran las estipulaciones contractuales, las leyes de la contratación pública, y son simuladas porque ocultan a través de adiciones y mayores cantidades de obra los verdaderos negocios que realizan como son nuevos contratos ensamblados en contratos ya suscritos.

Igualmente, cuando se suspende la ejecución del contrato de mutuo acuerdo sin causa justificada a pocos días de vencer su plazo, sólo para evitar que se venza el contrato y poder adicionar el contrato dentro de su vigencia, podíamos afirmar que es una suspensión fraudulenta que podría generar un detrimento patrimonial, mayores costos por permanecía en obra y desde luego daría lugar al detrimento patrimonial que puede adecuarse a daño patrimonial, falta disciplinaria y delitos de peculado por apropiación o en beneficio de terceros.

9.9 La mayor permanencia en obras simuladas y fraudulentas

Ocurre mayor permanencia en un contrato de obra, cuando el contratista debe continuar con la realización de actividades por fuera del plazo del contrato, o durante las suspensiones o prórrogas del mismo, tales como por ejemplo cuando el contratista debe mantener los servicios de vigilancia, aseo, servicios administrativos durante la suspensión de un contrato, o cuando estando dentro del plazo el contratista incurre en gastos de bodegaje y almacenamiento de materiales, de arriendo de maquinaria sin que pueda ser utilizada en obras porque la administración no ha entregado las autorizaciones administrativas para las talas de árboles, o para el funcionamiento de las redes de desvíos. Cuando las causas son imputables al contratista, la administración no debe hacer reconocimiento alguno, y cuando lo hace esto constituye un fraude al contrato y al patrimonio público que constituye daño

patrimonial, falta disciplinaria y delito de peculado principalmente y desde luego responsabilidad civil contractual.

9.10 El restablecimiento fraudulento del equilibrio económico del contrato

La ecuación económica del contrato estatal se desequilibra por causas imputables al contratista en favor de la administración, por causas imputables al contratante estatal en favor del contratista, y por la teoría de la imprevisión en favor de la parte contraria a la que asumió el riesgo según el contrato estatal.

De allí, que cuando la administración pública mediante decisión administrativa restablece el contrato en favor del contratista reconociendo los valores económicos que equilibran el contrato inicialmente suscrito sin que se den las causales antes descotas a la ley, no sólo se incurre en daño patrimonial, sino en reculado por apropiación en favor de terceros según el caso, además de la falta disciplinaria para el servidor público y el interventor que lo autorizó. Igualmente ocurre, cuando el contrato se desequilibra en favor de la administración, esto es que el contratista debe restablecer a la administración pública el valor correspondiente, y no hacerlo implica incurrir en falta disciplinaria, daño fiscal y delito de peculado por apropiación o en favor de terceros.

9.11 Las mayores cantidades de obras ejecutadas de redes de desvíos, demolición y deposición de escombros mediante maniobras de ejecución contractual simuladas y fraudulentas

En ocasiones, los interventores y la partes contractuales suscriben acta de mayores cantidades de obra, que sea inferiores o que supere el 50% del valor inicial del contrato. Cuando estas cantidades de obras son distintas a las inicialmente contratadas, no surge su necesidad durante la ejecución del contrato de manera

imprevisible, y no son necesarias para cumplir la finalidad a que está destinado el objeto contratado, se podría afirmar que se está aprovechando el contrato en ejecución para garantizarle mayores utilidades al contratista, quien en virtud de esas mayores cantidades ejecuta unas actividades que legalmente tienen que ser contratadas mediante la licitación pública respectiva o el procedimiento legal que corresponda.

9.12 El fraude mediante la mayor permanencia por riesgos prediales

Cuando el contratista, tiene que mantener los costos de arriendo de maquinaria y equipos, vigilancia, arrendamientos, personal administrativo sin poder ejecutar la obra porque no le han entregado el predio o los predios requeridos, esos mayores costos por permanencia deben ser asumidos por la administración, siempre que el riesgo de predio sea asumido por la entidad pública contratante, pero cuando el riesgo de predio es asumido por el contratista o este tiene la obligación de organizar los frentes de obra según vaya recibiendo los predios durante el plazo del contrato, no hay lugar a reconocimiento alguno y este debe ser asumido por el contratista particular.

9.13 El fraude contractual mediante las glosas a los diseños por parte del contratista

Cuando el contratista ejecuta el contrato llave en mano, esto es, que este mismo diseña la obra y ejecuta el contrato, no existe posibilidad legal y contractual alguna que haya lugar al reconocimiento económico por ajustes, adaptaciones y complementaciones de diseños, pues es una actividad integral que asume el contratista salvo las adiciones y mayores cantidades que son normales y ordinarias en todo contrato de obra.

Si los diseños son entregados por la entidad pública y el contrato establece que el contratista bajo su cuenta y riesgo puede hacer adaptaciones, complementaciones y ajustes con la autorización del interventor o de la entidad, tampoco hay lugar a reconocimiento alguno, salvo las adiciones y mayores cantidades normales en obra, ya que este riesgo lo asume el contratista cuando presenta la oferta y contrata.

Pero cuando la entidad contrata la obra, y le entrega a los contratistas los diseños para implantarlos, es decir, para construirlos, y se hace necesarios ajustes, adaptaciones y complementaciones, y si durante la ejecución de la obra se requiere hacerle esas modificaciones, y la entidad hace por su propia cuenta los ajustes y se los entrega al contratista, esas modificaciones si implican mayores costos, deben ser reconocidos por la entidad pública.

Debe tenerse en cuenta, que en ocasiones el contratista cuando recibe los diseños, suscribe el acta de inicio y cobra los anticipos, como artimaña fraudulenta para no retardar la ejecución del contrato, glosa los diseños recibidos para que mientras la entidad hace los ajustes o revisa las glosas, gana el tiempo que necesita para iniciar la construcción de la obra; pero en ocasiones igualmente hace glosas a los diseños para que la entidad si le da la posibilidad de ajustarlos, hace tantos ajustes al punto que termina ejecutando unos diseños bien distintos en cantidades y naturaleza de la obra, convirtiendo un mecanismo de generar mayores cantidades y mas utilidades, y desde luego esto es irregular y raya en lo penal, fiscal y disciplinario.

9.14 La simulación y el fraude mediante la acreditación de requisitos técnicos, financieros, jurídicos de experiencia y de recurso humano disponible de los oferentes para acceder a los contratos estatales

Debe tenerse en cuenta que conforme al principio de buena fe, las entidades públicas tienen como auténticos todos los documentos soportes que acreditan con la

propuesta u oferta el cumplimiento de los requisitos jurídicos, técnicos y financieros, tales como la inscripción en el registro único de proponentes, la capacidad residual de contratación, las actas de las juntas o consejos directivos de las empresas, el registro único tributario, el pago de impuestos de timbre, el recibo de pago de publicación del contrato, la póliza de seriedad del ofrecimiento o cualquier otro mecanismo de cobertura del riesgo, los balances de las empresas, el estado de pérdidas y ganancias, las hojas de vida del recurso humano que ejecutaría el contrato cuando los pliegos lo exigen, los certificados de paz y salvo de aportes parafiscales etc. Los cupos de créditos, cuando los pliegos de condiciones lo exigen.

Estos documentos, se verifica en cuanto a su contenido, pero no su autenticidad, y es posible que los oferentes y proponentes presenten documentos alterados, con información o datos inexactos o falsos, o documentos con falsedades. Debido a la enorme responsabilidad que tiene la entidad pública con la evaluación de la propuesta, en tanto podría ser el eventual contratista, debe procederse a confirmar la documentación, junto con la información y datos que incorpora con todas las bases de datos disponibles, y en el evento de encontrar alguna falsedad proceder a presentar la correspondiente denuncia penal.

Con las hojas de vida del recursos humano que ejecutaría el proyecto, debe tenerse en cuenta que ocasiones en la misma licitación varios oferentes presentan las mismas hojas de vida, en este caso debe procederse a rechazar ambas ofertas, pues si bien esta es una información habilitan, no podría estar los mismos requisitos que son excluyentes acreditando dos o mas ofertas en el mismo proceso.

10. Los conceptos de diversificación empresarial, unidad de empresa, pirámides financieras y registro de proponentes en los contratos simulados y fraudulentos

Los grupos económicos o empresariales, ejercen sus actividades comerciales e

industriales a través de distintas empresas con el mismo o diverso objeto social, incursionando en distintas actividades del mercado, esto es, que varias empresas tienen el mismo objeto de construcción, rehabilitación y mantenimiento de edificaciones, de vías, de interventora y de consultoría de diseños, consultorías empresariales y financieras.

Pero en ocasiones, los grupos económicos tienen distintas empresas y cada una de ellas tienen un objeto social muy definido, por ejemplo una de ellas se dedica a las actividades de construcción y otra de interventoría. Frente a la contratación estatal, vamos a encontrar que existen grupos económicos reconocidos por la Superintendencia de Sociedades como tal, y otros cuya existencia no es jurídica, sino de hecho, pues si bien no existe el reconocimiento administrativo, se puede establecer que los socios principales son los controlantes de todas las sociedades.

En uno y otro caso, debe revisarse quienes son los representantes legales de una y otra, los socios de cada una de ellas, y los distintos contratos suscritos por estas entidades como oferentes plurales como singulares, ya que la ley prohíbe que la entidad que contrate obra con una empresa, no pueda contratar la interventoría de ese contrato o de otro con una empresa que pertenezca a ese mismo grupo económico o unidad empresarial, tanto de hecho como de derecho, estableciendo en uno y otro caso quienes son los socios controlantes, distintos a las sociedades anónimas abiertas.

Así mismo debe hacerse la operación administrativa para evitar que en una licitación, distintas empresas pero pertenecientes a una misma unidad de empresa se presenten a una misma licitación, concurso de méritos o selección abreviada, ya que la ley lo prohíbe y es causal de rechazo de ambas ofertas.

11. Enriquecimiento sin causa de uno de los sujetos contractuales como presupuesto para el legítimo restablecimiento del carácter conmutativo del

contrato estatal con efectos civiles

El enriquecimiento sin causa es una figura jurídica que permite otorgar soluciones en aquellos eventos en los que se ha presentado en desequilibrio económico injustificado, no amparado por las normas jurídicas. Sobre el origen de esta figura, el Consejo de Estado ha expresado que se ha identificado la figura del “*enriquecimiento sin causa*” con la “*actio in rem verso*” proveniente del derecho romano, la verdad es que la institución atiende a un principio universalmente aceptado, que impide el enriquecimiento injustificado de una persona, a costa del empobrecimiento de otra.²³⁰

“Si bien la “*actio in rem verso*” se tiene como el sinónimo jurídico de la pretensión de reparación por un enriquecimiento injustificado, en el derecho romano existieron múltiples posibilidades para restablecer el equilibrio patrimonial roto injustificadamente, que aunque no tuvieron el mismo impacto en la tradición jurídica, como lo tuvo la *actio in rem verso*, comparten el mismo sentido de justicia y equilibrio que inspiran al enriquecimiento sin causa. Tales posibilidades eran las siguientes:

²³⁰ Siguiendo las reglas establecidas por la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, del 19 de noviembre de 2012, la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por el enriquecimiento sin justa causa sólo podrá proceder en tres hipótesis cuando el enriquecimiento injustificado que se invoca proviene de la ejecución de prestaciones que debían encontrarse amparadas por la celebración de un contrato estatal pero cuya ejecución se hubiere producido con pretermisión de las exigencias y/o formalidades de carácter legal: i) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium, constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo. ii) En los casos en que resulte urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud; urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, para lo cual se debe verificar, en todo evento, que la decisión de la Administración Pública frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación. iii) En las situaciones en las que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la Administración Pública omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, siempre que se trate de casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4o de la Ley 80 de 1993.

“Condictio ob causam datorum” ó *“condictio causa data causa no secuta”*: Ante la imposibilidad de ejecutar forzosamente los contratos celebrados para liberar esclavos, emancipar hijos o desistir de demandas; en Roma se otorgaba el derecho a la persona que había pagado para alcanzar tales fines, a que se le reintegrara lo pagado, en el evento de un incumplimiento. En este mismo genero estaba la *Condictio ob turpem causam*, establecida para negocios realizados sobre condiciones inmorales que no podían ser ejecutadas (e.j. pago de rescates por personas secuestradas). *“Condictio indebiti”*: Instituida para el que pagaba por error una deuda inexistente. *Condictio ob injustam causam*”: Creada para cuando la entrega de una cosa atendía fines contrarios al derecho, como el reintegro de intereses pagados por encima del tope de usura. *“Actio negotiorum gestorum”*: Creada para que el gestor de negocios tuviera derecho por los gastos efectuados y los servicios prestados.

“Actio de in rem verso”: Creada para que los pater familias respondieran, bajo ciertas condiciones, por las obligaciones contraídas por incapaces que se encontraban bajo su tutela (hijos, esclavos, etc.)

El anterior recuento sirve para entender que el nivel de evolución tecnológica, social, y jurídica de la Roma antigua, era susceptible de que se presentaran múltiples situaciones en las que se podía llegar a un enriquecimiento patrimonial, sin que de por medio existiera una causa eficiente y/o ajustada a derecho, que permitiera remediar, integralmente, dicho enriquecimiento. Ante tal estado evolutivo, se presentaron, entre muchas otras, las instituciones anteriormente mencionadas, como formas de restablecer el justo equilibrio patrimonial, ante la imposibilidad de ejecutar un objeto contractual incumplido.

Sobre las características de esta figura el Consejo de Estado en el mismo fallo introduce un cambio en la jurisprudencia que venía imperando hasta la fecha

añadiendo un nuevo elemento para que se pueda configurar, en tal sentido, señala que Jurisprudencial y doctrinalmente, la teoría del “*enriquecimiento sin causa*” parte de la concepción de justicia como el fundamento de las relaciones reguladas por el Derecho, noción bajo la cual no se concibe un traslado patrimonial entre dos o más personas, sin que exista una causa eficiente y justa para ello. Por lo tanto, el equilibrio patrimonial existente en una determinada relación jurídica, debe afectarse – para que una persona se enriquezca, y otra se empobrezca – mediante una causa que se considere ajustada a Derecho.

Con base en lo anterior se advierte que para la configuración del “enriquecimiento sin causa”, resulta esencial no advertir una razón que justifique un traslado patrimonial, es decir, se debe percibir un enriquecimiento correlativo a un empobrecimiento, sin que dicha situación tenga un sustento fáctico o jurídico que permita considerarla ajustada a derecho. De lo hasta aquí explicado se advierten los elementos esenciales que configuran el enriquecimiento sin causa, los cuales hacen referencia a: i) un aumento patrimonial a favor de una persona; ii) una disminución patrimonial en contra de otra persona, la cual es inversamente proporcional al incremento patrimonial del primero; y iii) la ausencia de una causa que justifique las dos primeras situaciones²³¹.

²³¹ En sentencia de unificación de jurisprudencia la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, del 19 de noviembre de 2012, sentó su posición en torno a la procedencia de la acción de reparación directa como el cauce adecuado para ventilar judicialmente las pretensiones relativas al enriquecimiento sin justa causa, así como el carácter excepcional de su procedencia; en aquella ocasión se afirmó: “la Sala empieza por precisar que, por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la acción de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia a partir del artículo 80 de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831 del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la acción de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente. “Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4o). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta. “No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios. “En consecuencia, sus

Como conclusión de lo anterior establece, que la figura del enriquecimiento sin causa se ha definido tradicionalmente, mediante la identificación de sus elementos como lo son: i) un enriquecimiento del patrimonio de una persona, ii) un empobrecimiento del patrimonio de otra persona, el cual es correlativo al enriquecimiento de la primera, y; iii) que las anteriores situaciones se hayan presentado sin una causa jurídica eficiente.

Y continúa explicando que *“el estudio de los fundamentos de la figura, la Sala señala un elemento adicional, como lo es que la falta de una causa para el empobrecimiento, no haya sido provocada por el mismo empobrecido, toda vez que en dicho evento no se estaría ante un “enriquecimiento sin justa causa”, sino ante la tentativa del afectado de sacar provecho de su propia culpa”*.

De esta manera, en el evento de que en el derecho colombiano la contratación administrativa fuese una situación sin regulación alguna, cuyas relaciones negociales no estuvieran debidamente garantizadas, se podría hablar de un enriquecimiento

destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia. “Y si se invoca la buena fe para justificar la procedencia de la actio de in rem verso en los casos en que se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual, como lo hace la tesis intermedia, tal justificación se derrumba con sólo percatarse de que la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el iter contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva. “En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva. “Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados.

injustificado cuando se preste un servicio a la administración sin que exista un contrato de por medio, pues se debería remediar una situación abiertamente injusta, donde la administración se aprovecharía de una laguna jurídica. Pero en el caso de autos, la demandante, en una expresión libre de su voluntad, se situó así misma en una situación injusta, en la cual su trabajo quedo desamparado, por no hacer uso de las herramientas ofrecidas por la ley para garantizar la retribución económica de su labor. Por lo tanto, en el caso de autos resulta inconcebible admitir un *“enriquecimiento sin causa”*, cuando la perjudicada con el desequilibrio patrimonial consistente en prestar un servicio sin recibir ninguna retribución, tuvo la oportunidad de decidir realizar dicha labor, sin que la contraprestación de la misma estuviera garantizada mediante los procedimientos e instituciones creadas para el desarrollo de la contratación estatal.

12. Enriquecimiento ilícito derivado de los contratos estatales simulados y fraudulentos con efectos penales

El enriquecimiento ilícito es una figura totalmente distinta a la del enriquecimiento sin causa que hemos explicado anteriormente. De tal manera, que el enriquecimiento ilícito denota una conducta delictual tipificada en nuestro Código Penal en dos categorías. La primera como enriquecimiento ilícito de particulares tipificado en artículo 327 de la siguiente manera:

“Artículo 327. Enriquecimiento ilícito de particulares. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Sobre este delito, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-319 de 1996 expresó lo siguiente:

“El enriquecimiento ilícito de particulares guarda relación directa con los principios que dieron origen a la tipificación de la conducta punible de los servidores públicos. Sin embargo, presenta algunas diferencias estructurales: En primer lugar, se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado, es decir, el delito puede ser cometido por cualquier persona sin características especiales; en segundo lugar, y como consecuencia de la calidad del sujeto, el tipo penal condiciona la punibilidad del enriquecimiento no solo a que éste sea injustificado, sino que además provenga de “actividades delictivas”; en tercer lugar, se trata de un delito especial y autónomo, como quiera que describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal, ni a otro ordenamiento jurídico. Demostrar el origen de un incremento patrimonial es una obligación general que el Estado puede hacer exigible en todo momento a cualquier persona natural o jurídica; es una consecuencia del principio constitucional de que toda persona debe vivir sometida a la Constitución y a la ley En el caso de los particulares, cabe recordar que éstos deben demostrar al Estado anualmente sus ingresos y la procedencia de los mismos mediante la declaración de renta, no sólo para que el Estado, de conformidad con leyes preestablecidas, grave en alguna medida su patrimonio, sino además para ejercer control sobre su licitud. Un desproporcionado e injustificado incremento es precisamente lo que da lugar al ejercicio de la acción penal por enriquecimiento ilícito, debiendo el Estado establecer plenamente la responsabilidad del imputado o su

*inocencia*²³².

La otra categoría de enriquecimiento ilícito, son aquellos cometidos por los servidores públicos tipificado en el artículo 412 de la siguiente manera:

“Artículo 412. Enriquecimiento ilícito. El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años”.

Sobre este delito ha dicho la corte Constitucional en el mismo fallo que “se trata de un delito que se manifiesta en el incremento patrimonial del servidor público sin causa que lo justifique de acuerdo con la ley y la ética, y que, para configurarse como tal, exige el dolo. Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica, excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría -concurso aparente de tipos.

Ello quiere decir, que si las pruebas aportadas al proceso permiten deducir con certeza

²³² Corte Constitucional, mediante la sentencia C-319 de 1996

que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el enriquecimiento ilícito –“*lex primaria derogat legi subsidiariae*”.²³³

²³³ CONSEJO DE ESTADO
TERCERA

(13) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-2000-02011-01(24969)

Actor: HELMY CUECHA LEAL

APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA. “Así que entonces, la buena fe objetiva “que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”, es la fundamental y relevante en materia negocial y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual”, cuestión esta que desde luego también depende del cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio. “Y esto que se viene sosteniendo encuentra un mayor reforzamiento si se tiene en cuenta además que esa buena fe objetiva, que es inherente a todas las fases negociales, supone la integración en cada una de ellas de las normas imperativas correspondientes, tal como claramente se desprende de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, que prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.” “Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho ‘constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario’. “Pero por supuesto en manera alguna se está afirmando que el enriquecimiento sin causa no proceda en otros eventos diferentes al aquí contemplado, lo que ahora se está sosteniendo es que la actio de in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador. “12.2. Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó. “Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes: a) “Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

SALA DE
SUBSECCION
Consejero pro
Demandado

TITULO SEGUNDO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL EN LOS CONTRATOS SEGÚN SU OBJETO Y LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD CONTRATANTE

CAPÍTULO PRIMERO: LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL SEGÚN EL OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL

SUMARIO. A. RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES SEGÚN SU OBJETO. 1.- Los Contratos de las entidades de crédito del Estado. 2.- Los Contratos de las entidades aseguradoras estatales. 3.- Los Contratos de las entidades fiduciarias estatales. 4.- Los Contratos de compraventa de bienes inmuebles estatales. 5.- El Contrato estatal de avalúo 6.- Contrato estatal de empréstito. 7.- Contrato estatal de comodato. 8.- Contrato estatal de mutuo. 9.- La donación. 10.- Contrato estatal de arrendamiento. 11.- Imposición de servidumbre y ocupación temporal de inmuebles. 12.- Contrato estatal de ciencia y tecnología. 13. El Contrato estatal de fiducia pública. 14.- El contrato estatal del encargo fiduciario. 15.- Los contratos estatales de edición, impresión y publicación. 16.- Régimen de los contratos para la realización de inversiones en nuevas plantaciones forestales de carácter protector. 17.- Régimen de contratos para el desarrollo de proyectos culturales. 18.- Régimen de contratos para la venta de la propiedad accionaria de las entidades del Estado. 19.- Régimen de causales de caducidad de los contratos estatales de orden público. 20.- La caducidad del contrato por la declaratoria de responsabilidad fiscal del contratista o uno de sus miembros en el contratista plural. B. RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES SEGÚN LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SUJETOS CONTRACTUALES. 1.- Los contratos celebrados por las Instituciones públicas de educación superior de carácter profesional, tecnológica y técnicas. 2.- Los Contratos celebrados por el Banco de la República. 3.- Los contratos celebrados con las organizaciones no gubernamentales de reconocida idoneidad sin ánimo de lucro

Los contratos celebrados por la administración, en el cual se encuentran destinados recursos del Estado, cobran vital importancia y se convierten en objeto directo de estudio, aplicación y juzgamiento en de todos los regímenes de responsabilidad, esto es la responsabilidad civil contractual, penal, disciplinaria y fiscal.

Es necesario para el presente estudio en primer lugar conocer cuál es el ámbito de aplicación del Estatuto General de la Contratación Estatal, para con ello definir a qué tipo de contratos y a qué tipo de contratantes se les aplica tal regulación normativa, pues es sobre las actuaciones derivadas de este tipo de actos jurídicos sobre las cuales se ejercerá control fiscal²³⁴.

²³⁴ CONSEJO DE ESTADO
TERCERA

SECCION ADMINISTRATIVA SECCION

SUBSECCION

(13) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-2000-02011-01(24969)
Actor: HELMY CUECHA LEAL DE REPARACION DIRECTA. Referencia:
APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA. b) "En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación. c) "En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4o de la Ley 80 de 1993. "12.3. El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la actio de in rem verso, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales. "13. Ahora, en los casos en que resultaría admisible se cuestiona en sede de lo contencioso administrativo si la acción pertinente sería la de reparación directa. "Se recuerda que, de un lado, se prohíja las tesis que niega la pertinencia de la vía de la reparación directa con fundamento en que se trata de una acción autónoma que es de carácter compensatoria y no indemnizatoria, aspecto este último que constituye la esencia la acción de reparación directa, y, de otro lado, se aduce que el camino procesal en lo contencioso administrativo es precisamente la de la reparación directa porque mediante esta se puede pedir la reparación de un daño cuando la causa sea, entre otras, un hecho de la administración. "Pues bien, si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la actio de in rem verso se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para enrutarla, fácilmente se concluye que en materia de lo contencioso administrativo a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa. "En efecto, recuérdese que en el derecho romano el enriquecimiento estaba vinculado a determinadas materias (donaciones entre cónyuges, petición de herencia frente al poseedor de buena fe, negocios celebrados por el pupilo sin la autorización del tutor, el provecho que una persona recibía por los delitos o por los actos de otro, etc.) y por consiguiente la restitución se perseguía mediante la conditio perteneciente a la respectiva materia, materia esta que entonces se constituía en la causa del enriquecimiento. "Ulteriormente, a partir de la construcción de la

Así entonces, debemos remitirnos a la Ley 80 de 1993, para determinar a qué entidades se les aplica el Estatuto General de la Contratación Estatal; para tal fin, en primer término estudiaremos el artículo 1º de la misma, en la cual se establece: “Artículo 1º. Del Objeto. La presente Ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”²³⁵.

Con el anterior artículo se despeja de cierto modo la inquietud acerca de a quienes les es aplicable el Estatuto General de la Contratación Estatal, en tanto el mismo establece como criterio de aplicación un criterio orgánico o subjetivo según el cual se establece que se regirán por dicha normatividad aquellos contratos en que sea parte contractual por lo menos una entidad estatal. No obstante, paralelo a lo anterior surge el interrogante sobre que se debe entender por Entidad Estatal, cuestión esta que la encontramos resuelta en el mismo estatuto al determinar de manera clara cuales son las entidades estatales para tal efecto en el artículo 2º numeral 1º, de la siguiente manera:

“ARTICULO 2o. DE LA DEFINICION DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PUBLICOS. Para los solos efectos de esta ley: 1º. Se denominan entidades

escolástica cristiana y de la escuela del derecho natural racionalista, se entendió que la prohibición de enriquecerse a expensas de otro era una regla general que derivaba del principio de la equidad y que por lo tanto resultaba aplicable también para todas aquellas otras hipótesis en que alguien se hubiera enriquecido en detrimento de otro, aunque tales casos no estuvieran previstos en la ley. “Este proceso culminó cuando Aubry y Rau entendieron y expresaron que la actio de in rem verso debía admitirse de manera general para todos aquellos casos en que el patrimonio de una persona, sin causa legítima, se enriquecía en detrimento del de otra y siempre y cuando el empobrecido no contara con ninguna otra acción derivada de un contrato, un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito para poder obtener la restitución. “Así que entonces la autonomía de la actio de in rem verso se centra en que el enriquecimiento se produce sin una causa que lo justifique y que como quiera que no hay causa justificante se carece de la correspondiente acción que daría la justa causa si esta existiere. “Esta la razón por la que se exige que no haya contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito al amparo del cual pueda pretenderse la restitución.

²³⁵ “En este sentido cfr. M.L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. En Revista de Derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 73.

estatales: □□a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. □□b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.”□²³⁶

²³⁶ CONSEJO DE ESTADO
TERCERA

trece (13) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-2000-02011-01(24969) Actor: HELMY CUECHA LEAL
Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA. Analizando el literal a) del numeral primero del artículo 2 de la citada ley, se puede observar que en el se enuncia solamente a aquellas entidades estatales que cuentan con personería jurídica propia reconocida por Ley; y que por el contrario en el literal b) del mismo artículo, se enuncian entidades estatales que no gozan de personería jurídica, razón por la cual en una primera impresión se podría pensar que no deberían gozar de la capacidad para contratar; No obstante, el referido estatuto les otorga dicha facultad, la cual ejercen a través de la persona jurídica Nación, Departamento, Distritos y Municipio según su nivel de descentralización territorial, “para los solos efectos de esta Ley”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. Emerge por consiguiente que la actio de in rem verso, más que una propia y verdadera acción, es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento incausado, enriquecimiento éste que a no dudarlo constituye un daño para el empobrecido y que por lo tanto es equitativo que aunque no exista causa al amparo de la cual pueda exigirse la restitución esta se conceda en aplicación de la regla que prohíbe enriquecerse a expensas de otro. “Luego es en ese ámbito y de esta manera como debe entenderse la autonomía de la actio de in rem verso, lo que en otras palabras significa que su autonomía es más de carácter sustancial que procedimental. “Así el asunto resulta claro que mediante la llamada acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo puede pretenderse el reconocimiento del enriquecimiento sin causa y la consiguiente restitución en todos aquellos casos en que resultaría procedente, puesto que esta acción está prevista precisamente para poder demandar directamente la reparación del daño cuando provenga, entre otros eventos, de un hecho de la administración. “Y el argumento para negar la

SALA DE L
SUBSECCION A Consejero

Demandado:

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-374 del 25 de Agosto de 1994, M.P Jorge Arango Mejía al expresar:

“Las entidades estatales están expresamente mencionadas en el artículo 352 de la Constitución, norma según la cual “Además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.” “Es claro que si la Nación, los departamentos, municipios y distritos, son personas jurídicas, y las entidades estatales a que se refiere la ley 80, no lo son, por fuerza los contratos que estas últimas celebren corresponden a la Nación, a los departamentos o a los municipios”²³⁷.

Así mismo, los artículos 24 y 26 de la ley 1150 establecen respectivamente que la contratación de las corporaciones autónomas incluida la Corporación Autónoma Regional del Río Grande del Magdalena, y la llevada a cabo por FONADE, se regirán por las normas de la ley 80 de 1993.

Es así entonces que la Ley 80 de 1993 define el ámbito de aplicación del Estatuto

viabilidad de la reparación directa para las pretensiones de enriquecimiento sin causa, sosteniendo que aquella es indemnizatoria y esta compensatoria, también se derrumba con sólo considerar que quien se ve empobrecido sin una causa que lo justifique está padeciendo un daño y por ende puede pedir su reparación, pero como de la esencia de una pretensión edificada sobre un enriquecimiento incausado es que la restitución sólo va hasta el monto del enriquecimiento, es esto lo que en ese caso puede pedir y nada más. “Puestas así las cosas aparece obvio que la vía procesal en lo contencioso administrativo para recabar un enriquecimiento incausado es la de la reparación directa porque mediante ésta se puede demandar la reparación del daño y esto es precisamente lo que padece quien se ve empobrecido si quien correlativamente se enriquece sin una causa que lo justifique.

²³⁷ Corte Constitucional en la sentencia C-374 del 25 de Agosto de 1994, M.P Jorge Arango Mejía

General de la Contratación Estatal, introduciendo algunas innovaciones como la prohibición para los municipios y departamentos de darse su propio estatuto de contratación, y la extensión de el ámbito de aplicación de la ley, otorgándole la facultad para contratar a entidades que no tenían esa atribución, en tanto carecen de personería jurídica, pero que para los fines allí descritos adquieren dicha capacidad.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no solamente se estableció un nuevo ordenamiento superior, sino que también una nueva concepción de Estado, el cual según el artículo 1º de la carta política se erige como Estado Social de Derecho, ya que si bien la Constitución de 1936 fue la primera en hablar de Estado social de derecho, la consagración y establecimiento en el sistema jurídico colombiano de esta forma de Estado se materializa con la Carta del 91 paralelo a la consagración de mecanismos jurídicos para su protección; Por tanto, el reconocimiento de una concepción de Estado más amplia, obligó a este a otorgar garantías mayores a los ciudadanos, al reconocimiento de un catálogo de derechos más amplios en los cuales estuviesen presentes los derechos sociales o de contenido prestacional, la creación de instrumentos o acciones jurídicas para su protección, e igualmente propender en el ejercicio de sus funciones por un bienestar social para sus asociados y en general para todos las personas residentes en el país.

En razón a lo anterior, a renglón seguido el artículo 2º superior establece los fines esenciales del estado, entre los cuales se encuentra el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Por lo anterior, debe quedar claro que desde el ordenamiento superior se fija una obligación por parte del Estado de llevar a cabo estos fines, y que en razón a ello el Estatuto General de la Contratación Estatal no puede ser indiferente a estas disposiciones superiores.

Por lo anteriormente enunciado y en la misma línea, el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, fija unos fines para ser cumplidos por parte de los servidores públicos en los

contratos estatales, disposición que arguye en su tenor literal lo siguiente:

“ARTICULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, (además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado), colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”²³⁸.

Así entonces y según lo anteriormente transcrito, es función del servidor público tener en cuenta los fines esenciales del Estado, los cuales se encuentran como se dijo anteriormente en el artículo 2º de la Carta Política; Y para los particulares en todos los casos entender que si bien ellos tienen un fin de lucro en la celebración y ejecución de contratos con la administración, deben propender por la consecución de esos fines estatales.

En razón a lo expuesto, todo contrato estatal debe estar justificado y debe buscar la obtención de por lo menos un fin esencial del Estado, pues de no ser así en todo caso nos encontramos frente al supuesto de que quien ordena el contrato sea sujeto de una investigación disciplinaria, fiscal y/o penal por parte de los órganos de control, por ordenar la celebración de un contrato carente de finalidad específica.

De esta forma, la Ley 80 de 1993 se encuentra fundada y orientada hacia la búsqueda de los fines estatales, para lo cual establece una serie de mecanismos y de principios que se hacen de obligatorio cumplimiento, so pena de sanciones

²³⁸ Ley 80 de 1993, artículo 3o. de los fines de la contratación estatal.

disciplinarias y/o fiscales al servidor que no observe el acatamiento de los mismos y que no justifique los nombrados contratos en el cumplimiento de un fin esencial del Estado; por tal motivo, observamos que toda la Ley 80 de 1993 se encuentra irrigada por fines y principios constitucionales, estos últimos los cuales serán tratados a continuación.

En cuanto a los principios Constitucionales y de la Función Administrativa aplicables a la Contratación Estatal, encontramos que estos se hallan establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política en donde se establecen los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; además encontramos los principios rectores de la actuación administrativa que se encuentran en los artículos 2º y 3º del Código Contencioso Administrativo, artículos que agregan al listado anterior, el principio de contradicción de las actuaciones administrativas.

Pero adentrándonos más en el tema de la Contratación Estatal encontramos los que fija la Ley 80 de 1993 en su artículo 23, entre los cuales se citan los de transparencia, economía y responsabilidad, a los cuales se unen los principios de la ecuación contractual y de la selección objetiva, que salen de la lectura de los artículos 27 y 29 de la misma Ley.

Todos los principios que rigen la Contratación Estatal, se convierten en un desarrollo legal de la Constitución Política y de los principios aplicables a las actuaciones administrativas. A fin de lograr un entendimiento más amplio del tema, pasaremos a hacer un estudio detallado de cada uno de los principios rectores de la contratación estatal según lo establecido en el Estatuto, que están reglamentados en el Decreto 1082 de 2015²³⁹.

²³⁹ Concejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia. 24715, Dic 3 de 2007. M.P Ruth Stella Correa.

Principio de Transparencia. Este principio como tal se refiere a que las actuaciones que ejerza el Estado como contratante y los particulares como contratistas deberán realizarse de manera motivada, pública e imparcial, con la finalidad de que dichas actuaciones garanticen igualdad de oportunidades de acceder a la información y a los pliegos de condiciones de un contrato, buscando preservar la moralidad administrativa y resguardar el patrimonio público, haciendo en todo caso que los particulares tengan posibilidad de acceder cuando tengan la oportunidad a contratar con el Estado, y de no tratarse de proponentes, que el ciudadano concurra como interesado en el contrato, pues a este le asume la posibilidad de verificar que el mismo se realice de manera correcta y de que no existan irregularidades dentro de su trámite.

Este precepto conlleva igualmente la necesidad de que el pliego de condiciones contenga: requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección; reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, que no induzcan a error a los proponentes y contratistas e impidan la toma de decisiones que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad; la identificación de las condiciones de costo y calidad de los bienes obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato; así como la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

Este principio se ve reflejado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, cuando establece que la escogencia del contratista se deberá hacer siempre mediante licitación o concurso público, salvo en los casos expresamente señalados en la Ley, donde se autorizara la contratación directa, pero aun así esto no exime a la administración de hacer esta contratación directa bajo un principio de transparencia y publicidad del contrato.

Así mismo en el sentir del Tribunal Constitucional: *“Este principio garantiza*

paralelamente los principios de imparcialidad, igualdad, moralidad, y selección objetiva en la contratación, para lo cual se deben instrumentar procedimientos de selección, con actuaciones motivadas, públicas, y controvertible por los interesados, con el fin de elegir la mejor oferta” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sent. 24715, Dic 3 de 2007. M.P Ruth Stella Correa).

Principio de Publicidad: Es instaurado como principio a partir de la Ley 1150, debe estar presente dentro de todas las etapas del proceso contractual, y se garantiza en gran medida a través de la publicación de todas las actuaciones llevadas a cabo durante el proceso contractual por parte oferentes y de la administración en el SECOP, lo cual permite que tanto proponentes e interesados tengan la posibilidad de conocer y ejercer control y vigilancia sobre el estado, las condiciones, y modificaciones presentadas en el marco del proceso de contratación adelantado.

Principio de Economía. La ley 80 de 1993 mediante este principio busca que a los procesos de contratación que efectúe el Estado se les imprima agilidad, todo ello con la finalidad de que se eviten dilaciones en los procesos y sobre costos en los mismos, evitando trámites engorrosos.

Así entonces el artículo 25 del Estatuto establece que los procesos de selección tendrán términos perentorios para la escogencia del contratista, con etapas necesarias, igualmente que las normas contractuales se deberán interpretar siempre de manera que no den ocasión a que se sigan tramites distintos a los establecidos en la Ley 80 de 1993.

No obstante lo anterior, en especial lo que busca este principio es que los tramites contractuales se hagan en el marco de la prevalecía del derecho sustancial sobre la forma, en el menor tiempo posible, sin dilaciones injustificadas y con la menor cantidad de costos para la administración, y con procedimientos precisos aun para lo solución de las diferencias que se puedan originar entre las partes que interfieren

en un contrato estatal. Se busca que la Administración actúe con eficiencia y eficacia pero siempre respetando el marco jurídico, lo contrario se convertiría en supuesto de investigación disciplinaria, fiscal y/o penal.

Por lo anterior, las entidades estatales deben iniciar el respectivo proceso contractual cuando existan los presupuestos económicos necesarios para tal fin, como lo es la disponibilidad presupuestal con que debe contar la entidad, para con ello evitar demoras dentro del mismo.

Principio de Responsabilidad. Este principio que se encuentra consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, está fuertemente ligado al de transparencia y al juicio de verificación de cumplimiento del principio de legalidad, busca en todo caso preservar la moralidad administrativa, y supone la obligación de que los servidores públicos sean responsables tanto de sus actos como de sus omisiones antijurídicas en las diferentes etapas del contrato.

Pero este artículo no solo establece el principio de responsabilidad en cabeza del servidor público, sino que también fija una responsabilidad en cabeza del contratista, en tanto él deberá hacerse responsable de no estar incurso en las causales incompatibilidades e inhabilidades, de la seriedad de la oferta y de la calidad de la obra.

Así entonces, lo que observamos es un desarrollo del artículo 3º de la Ley 80 de 1993, pues aquí vemos que tanto el servidor público es responsable por los contratos que proyecta o que se están celebrando y ejecutando, como el contratista quien no solo es una persona que busca una utilidad en el desarrollo del contrato, sino que también se hace responsable en cuanto el contrato no logre la finalidad que se busca; por lo tanto este fenómeno se convierte en una colaboración y responsabilidad mutua entre el Estado y Contratista.

La responsabilidad que se derive de una actuación contraria a lo aquí establecido, en tanto la misma no cumpla con los fines de la contratación o ella no garantice la protección de los derechos de la Entidad o de los contratistas podrá ser de tipo fiscal, disciplinaria y/o penal según el caso.

Principio de la Ecuación Contractual. Si bien este no es uno de los principios consagrados expresamente como tal en la ley 80, este postulado adquiere tal carácter en tanto se convierte en un aspecto sustancial en la contratación estatal que guía en todos los casos las relaciones entre administración contratante y el administrado contratista. Este mandato encuentra su fundamento en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, y obliga a que las partes contratantes mantengan la igualdad y equivalencia en las obligaciones contraídas al momento de la realización de la propuesta y la celebración del contrato.

Por tanto, si el equilibrio del contrato en algún momento se rompe, por causas no imputables al afectado, deberá siempre tratarse de restablecer, con el fin de que nadie salga afectado por la celebración de un contrato, que lo que busca la obtención de beneficios para ambas partes.

La temática derivada de este principio, las causas del rompimiento y el restablecimiento del mismo serán objeto de estudio con posterioridad. Principio de Selección Objetiva. Este principio busca que la administración siempre propenda por escoger para la celebración del contrato a aquel contratista que haga el ofrecimiento más favorable a los intereses de la Entidad y a los fines que ella busca (Art. 6º Ley 1150).

La finalidad buscada con este principio, se consigue alejando de la selección o escogencia del contratista consideraciones subjetivas como el afecto o el interés; por el contrario deben ser tomados en cuenta factores valorables de forma objetiva tales como la experiencia, calidad, precio, cumplimiento, equipos y plazos, todos estos

ponderados en conjunto de manera precisa para determinar cual es la oferta que mejor cumple con los requerimientos establecidos en el pliego de condiciones del contrato.

La selección del contratista, en el marco de este precepto, debe efectuarse a través de la verificación de la presencia de los requisitos habilitantes y la evaluación de los requisitos que determinan la oferta más favorable a la Entidad. Se entienden como requisitos habilitantes, aquellos que no otorgan puntaje, los cuales una vez verificados permiten que la oferta siga en el proceso y entre a ser evaluada según los criterios de calificación determinados en el pliego. Son requisitos habilitantes: la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización. Estos ítems estarán sujetos a verificación documental por parte de las Cámaras de Comercio.

Por su parte, se tendrá como oferta más favorable a la Entidad aquella que de acuerdo a la ponderación de los factores de escogencia tales como, factores técnicos, económicos (organización equipos, plazo, precio) y de escogencia, según lo establecido en los pliegos de condiciones, resulta ser la propuesta más ventajosa para los intereses de la Entidad.

Por último se debe anotar que el análisis de las propuestas, debe hacerse de acuerdo al estudio de precios y condiciones del mercado.

Los preceptos normativos aquí señalados son la brújula de navegación en el ejercicio de la contratación estatal, y se convierten en un desarrollo normativo de los principios que fija la Constitución Política y de aquellos que deben cumplir todas las actuaciones administrativas según lo determinado en tal sentido en el Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo.

El Estatuto General de Contratación establece varias modalidades de contratación y

selección del contratista, en atención a diversos factores como el objeto, la cuantía, entre otros. A continuación analizaremos en particular cada una de las formas de selección que tiene el Estatuto General de la Contratación Estatal, y fijaremos los requisitos mínimos para poder acudir a cada uno de estos modos de selección.

Sobre esta modalidad de selección es necesario recordar, que con anterioridad a la entrada en vigencia de Ley 80 de 1993 existían dos tipos de licitaciones: las licitaciones públicas y las privadas, situación esta que a partir de la citada Ley cambió, quedando solo la licitación pública, en razón a los principios de transparencia, moralidad administrativa e igualdad, que deben regir toda actuación administrativa; así como la protección de la igualdad de trato y la vigencia de la libre concurrencia en el trámite de formación de la libertad contractual.

En tal sentido, la Ley 80 de 1993 en su artículo 24, establece que la regla general para celebrar contratos con la administración es la licitación pública, la cual a su vez se constituye en la forma más importante de contratar, pues es por este medio que el Estado celebra los contratos de mayor envergadura, y realiza sus macro proyectos. No obstante lo anterior, la administración siempre tendrá la posibilidad de celebrar contratos estatales a través de otras modalidades distintas a la licitación pública, situación que tiene su explicación en el hecho de que existan contratos que por su cuantía o por el objeto que se piensa contratar, no resulte eficiente hacerlo por medio de una licitación.

Para analizar mejor lo expresado anteriormente, se plantean los siguientes supuestos fácticos: para la construcción de una autopista es necesario la apertura de una licitación pública a fin de elegir la mejor propuesta, en tanto por una parte, se le permite a todos los interesados y habilitados para celebrar contratos con el Estado su participación en igualdad de condiciones dentro del proceso de selección, y por otra parte, en tanto existen varios proponentes en el mercado que puedan satisfacer

el objeto de la contratación; Por el contrario, si lo que se piensa contratar son los repuestos de un avión de combate que solo los vende una fabrica, se hace engorroso realizar una licitación para llegar al mismo resultado que si se contratara directamente con esa fábrica.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la licitación publica, cabe precisar que según pronunciamiento del Tribunal Constitucional en sentencia de unificación *“es un procedimiento administrativo en el que concurren una serie de actos y trámites realizados por la administración y por los oferentes que, por regla general, concluyen en al adjudicación del contrato a la propuesta más favorable”*.

La selección abreviada es una forma de contratación estatal que se encuentra regulada en el artículo 2º numeral 2º de la Ley 1150 de 2007 y reglamentada por el Decreto 1082 de 2015, y consiste en la selección objetiva para los casos en que por la cuantía, el objeto a contratar, las circunstancias de la contratación y las personas a las que va dirigida la obra, el bien o el servicio, hacen que se deba adelantar un proceso más corto que el fijado para un proceso de licitación

Las causales para que se pueda acudir a la selección abreviada se encuentran también taxativamente señaladas en el mismo artículo de la Ley 1150 de 2007, y son las siguientes:

“La adquisición de bienes, servicios o suministros de condiciones técnicas uniformes, y de común utilización por parte de las entidades.

La menor cuantía, que se determinará por el presupuesto anual asignado a la entidad. En la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud.

Cuando en un proceso de contratación, la licitación haya sido declarada

desierta, caso en el cual deberá iniciarse la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaratoria.

La enajenación de bienes del Estado excepto las acciones o bonos convertibles en acciones de propiedad del Estado, que se pretendan enajenar a terceros, caso en el cual se aplicara la Ley 226 de 1995.

Productos de origen y destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas.

Los contratos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta, excepto los contratos que enuncia el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Los contratos de entidades que tengan a su cargo la ejecución de programas de protección a personas amenazadas, programas de desmovilización, programas de atención a desplazados, y en general a personas en excluidas de la sociedad.

La contratación de bienes y servicios necesarios para la seguridad nacional”.

Así mismo, se debe anotar que por expresa regulación legal se puede acudir a la selección abreviada como procedimiento de selección ante la declaratoria de desierta de la licitación según lo establecido en el art.48 de la Ley 1150 de 2007.

Los casos antes expresados son los que la misma Ley establece para llevar a cabo por selección abreviada, el cual si bien es un procedimiento con etapas más cortas, no quiere decir, que con ello se viole la selección objetiva, sino que por la naturaleza del servicio, la cuantía, o las personas a las que va dirigida, se debe adelantar de una manera más rápida y expedita.

Esta forma de contratación busca la selección de consultores o de proyectos, por medio de concurso abierto o precalificación, caso este último en el cual se hará una convocatoria abierta de precalificados; En ambos casos los convocados podrán ser evaluados por un jurado anónimo plural, imparcial, deliberante y calificado.

Todo lo anterior se establece con el fin de que la entidad mediante este concurso elija el mejor proyecto o al mejor consultor a contratar, de acuerdo a los méritos del proyecto o del consultor que pretenda aplicar, y no que dicha selección se haga a través de un juicio de valoración que atienda a criterios subjetivos.

Debe establecerse con claridad que para esta forma de selección, en ningún caso el precio puede constituirse en factor de selección.

Esta forma de contratación que se encuentra regulada en el artículo 2º numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, deberá ser siempre la excepción a la regla de las formas de contratación, pues no exige un concurso ni siquiera mínimo para la selección del contratista; Por tal motivo, procede solo y exclusivamente en los siguientes casos:

“-Urgencia manifiesta.

-Contratación de empréstitos.

-Contratos interadministrativos, siempre que la entidad que pretenda ejecutar el contrato tenga relación dentro de su objeto con la labor o servicio a ejecutar.

-La contratación de bienes o servicios para el sector

-Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.

-Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales

cuando inicien un acuerdo de reestructuración de pasivos, según lo fijado por la Ley 550 de 1999, y la Ley 617 de 2000.

-Cuando no existan varios oferentes del bien o servicio en el mercado.

-Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la realización de trabajos artísticos que solo los puedan realizar determinadas personas naturales.

-Para el arrendamiento o adquisición de inmuebles”.

Estos son los casos en concreto en que la administración pública puede realizar contratos de manera directa con el contratista, y no llevar a cabo procesos de licitación, selección abreviada o concurso de méritos; recalcando que este proceso debe de ser la excepción a la regla, pues siempre se debe propender por garantizar que acudan a contratar con el Estado una pluralidad de personas, para así garantizar una sana competencia, que garantice para la administración la escogencia de la mejor oferta, que no siempre será la de menor precio.

La Ley 80 de 1993, originalmente dispuso que los procedimientos administrativos generales de selección de contratistas era la licitación pública y el concurso público para los contratos de mayor cuantía, y el concurso era para los contratos de mayor cuantía de naturaleza de consultoría. Como mecanismo excepcional de contratación dispuso la contratación directa, y estableciendo unas causales por los casos de menor y mínima cuantía, otras causales por el objeto del contrato y otras cuales por la naturaleza jurídica del ente público contratante, o en el caso de las organizaciones no gubernamentales por la naturaleza jurídica de éste y el alcance del objeto del contrato en cuanto estuviera determinado por el artículo 355 de la constitución Política.

Como se requería regulación legal, el legislador mediante la Ley 1474 de 2011, en su artículo 94 , definió el procedimiento de contratación de mínima cuantía, señalando las siguientes reglas:

a. Procede siempre que el valor de la contratación no exceda del 10% de la menor cuantía de la entidad contratante, independientemente de su objeto. Lo anterior, significa que todos los contratos estatales de mínima cuantía sin importar su naturaleza o tipología contractual, se le aplicará el procedimiento de selección de contratistas denominado "*mínima cuantía*". Es decir, el presupuesto de procedibilidad de la contratación de mínima cuantía está determinado por la cuantía del contrato, y no por la naturaleza jurídica de ellas partes, ni por la tipología del objeto contractual.

b. La entidad estatal, de aquellas a que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, realizará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en el cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas.

c. La entidad no podrá fijar como plazo para la entrega de la propuesta por parte del oferente, no podrá ser inferior a un día hábil.

d. La entidad seleccionará la oferta presentada con el menor precio, siempre que cumpla con las condiciones exigidas.

e. Una vez adjudicado, la entidad comunicará al oferente la aceptación de la misma, y esta junto con la oferta para todos los efectos legales integran o constituyen el contrato celebrado, instrumento con fundamento en el cual se realiza el registro presupuestal.

Lo anterior, indica que no es necesario suscribir formalmente la minuta de un

contrato, puesto que la Ley, le da la eficacia de contrato estatal al conjunto de actuaciones complejas, integradas por los términos de condiciones, la invitación, la presentación de la oferta, la carta de aceptación de la misma, y el correspondiente registro presupuestal. Esto indica, que si se va a presentar alguna demanda contractual, o incoar un proceso ejecutivo contractual, la forma de demostrarle al juez la existencia del contrato, como el título ejecutivo complejo son los documentos anteriores.

Así mismo, debo señalar que si bien la norma en tratándose de contratación de mínima cuantía le da a estos documentos los efectos de contratos estatales, que ordinariamente y para los contratos de menor y mayor cuantía se conocen como documentos precontractuales; ello no significa que esté prohibido que la entidad pública disponga por procedimientos internos o acto administrativo interno, que una vez se envié la carta de aceptación de la oferta al proponente, se proceda a suscribir formalmente la minuta de un contrato, pero en todo caso esos lo puede determinar cada Entidad.

Queda pendiente por resolver el tema del fraccionamiento de los contratos, que si bien esta institución legal existente en el decreto 222 de 1983, desapareció con la Ley 80 de 1993; no es menos cierto que en la práctica aún se mantiene para evadir los procedimientos primarios de selección de contratistas previstos en la Ley.

Es así como por ejemplo, las entidades públicas que tienen el deber de organizar el plan de contratación anual de cada entidad, con apoyo en el presupuesto de gastos de inversión y de funcionamiento deben planear todos los bienes y servicios de deben contratar con la ejecución del presupuesto de la vigencia fiscal de cada año.

Para ello, todas las obras, bienes, servicios a contratar, de acuerdo a su naturaleza, ubicación, prestación del servicio a cargo, suministro del bien, cantidad requerida y utilizada, debe proceder a diseñar los procesos de selección atendiendo razones de

oportunidad, conveniencia, economía de escalas, de garantía de calidad de los bienes, disponibilidad de bodegaje, vencimiento de los bienes y productos eco, para lo cual si la totalidad de lo requerido con criterio de integralidad da para la licitación pública o el procedimiento de selección abreviada, así se debe hacer. En relación a los contratos de consultoría, atendiendo las mismas consideraciones deberá organizar los respectivos concursos de méritos.

Pero lo que deben analizar los órganos de control fiscal, penal y disciplinario y el juez del contrato en este caso, con criterio objetivo, es si definitivamente la entidad dejó de organizar con criterio de integralidad la contratación de los bienes y servicios a través de licitaciones y concursos de méritos para adquirirlos directamente a través de múltiples procedimientos de contratación directa, o por el procedimiento de mínima cuantía, evento en el cual habrá incurrido en los delitos de celebración de contratos estatales sin el cumplimiento de los requisitos esenciales y de interés indebido en celebración de contratos estatales en concurso homogéneo y consecutivo con el delito de prevaricato por omisión al incumplir el deber de no aperturar los procedimientos de selección conforme a su deber, así como también el delito de prevaricato por acción en el evento en que algún servidor público de la entidad haya emitido concepto técnico, jurídico, financiero o económico dándole viabilidad a las múltiples contrataciones directas o de mínimas cuantías según el caso.

Lo anterior, lleva consigo la consecuente infracción a los deberes disciplinarios de los servidores públicos, y por ende, si la múltiple contratación encareció la adquisición de los bienes y servicios, en cuanto hacerlo en uno o pocos procesos de licitación o concurso de méritos según el caso implica los ahorros propios de las economías de escalas, no hacer lo propio implicaría una indebida gestión fiscal que deberá investigarse a través del proceso de responsabilidad fiscal.

Estos análisis se deben hacer con criterio objetivo, es decir, con carácter técnico-

jurídico, sin desconocer que el funcionario investigador jamás puede pretender durante el proceso al servidor público gestor del contrato, es decir, el proceso de responsabilidad fiscal, penal y disciplinario no está para enjuiciar directrices, ni las técnicas o políticas de gerenciamiento de la entidad, porque de hacerlo estaría extralimitándose en el ejercicio de sus funciones, incurriendo en análisis subjetivos proscritos en el actuar de quienes administran justicia y actúan en nombre de los órganos de control.

Para determinar si el funcionario fraccionó la contratación, para no realizar los procedimientos de licitación y de concurso de méritos, para adjudicar con menos procedimientos reglados los contratos estatales y con la finalidad de favorecer a un oferente en particular, necesariamente debe encontrarse no solo la prueba del fraccionamiento, que se establece con los documentos que demuestran los múltiples contratos celebrados, sino además con la prueba del interés en favorecer a uno o mas contratistas en particular, y ello no se hace a través de una prueba de simple presunción que se obtenga por el solo hecho de haber celebrado los múltiples contratos y no haber realizado la licitación, que es a lo que acuden normalmente los funcionarios de los organismos de control, es decir, la prueba de los múltiples contratos mas los análisis subjetivos del operador jurídico de la prueba de responsabilidad y ello está proscrito constitucionalmente.

De otra parte, es importante que los organismos de control establezcan herramientas de investigación que permitan sancionar de manera ejemplarizante a quienes en desarrollo de la contratación de mínima cuantía, dirijan la contratación para adjudicarla a un oferente en particular, esto es, que si no se toman mecanismos para garantizar que se conozca ampliamente la invitación pública, y no se toman medidas para evitar que los oferentes conozcan el precio y la oferta por el que va a ofertar su competidor, se podría estar abriendo una ventana para desnaturalizar el carácter expedito, pero público y transparente de la selección de los contratistas de mínima cuantía, procedimiento regulado en Decreto 1082 de 2015.

Por último, las entidades para la adquisición de los bienes y servicios por el procedimiento de mínima cuantía, si bien la norma no lo señala, para proceder a aceptar la oferta de menor precio que cumpla las condiciones de los términos preestablecidos, debe hacerse con la previa disponibilidad presupuestal, que es lo que permite definitivamente realizar el registro presupuestal una vez aceptada la respectiva propuesta

De allí, que cuando ello exista, el legislador conforme a la Constitución Política estará para resolver las tensiones entre los operadores jurídicos, la doctrina y la jurisprudencia. En este caso se requiere y el legislador está en deuda.

Por último, el procedimiento de contratación directa excluye el requisito de que el oferente esté inscrito en el RUP; pero si bien la norma deja a la entidad la posibilidad de exigir o no la garantía, mi consejo es que en todos los casos la entidad pública debe exigirlo, para evitar que los organismos de control cuando así lo disponga su interpretación subjetiva, estime en alguna investigación que adelante donde no se haya exigido la garantía, que preciso en este caso por la naturaleza del objeto del contrato si debió exigirlo. Y como esto es real, para estar en manos del derecho y no de la interpretación de los funcionarios de turno, propio de las democracias en construcción como las nuestras, mi consejo es que siempre se exija.

En el análisis de la regulación aplicable a cada contrato a fin determinar el supuesto normativo aplicable a ellos y con ello el control de legalidad al que se encuentran sujetos, resulta de trascendencia estudiar no solo el régimen general sino también analizar cuáles son aquellos contratos que por la naturaleza jurídica de las partes, el objeto contractual, o por la calidad en que participan los contratantes dentro del mercado, requieren que su desarrollo y ejecución tengan que sujetarse a otro tipo de regulación distinta a la general establecida en el Estatuto.

Para tal fin estudiaremos, cuales son los regímenes especiales de contratación que se presentan en nuestra legislación, en relación al objeto del contrato, y posteriormente aquellos en relación a los sujetos presentes en la relación contractual.

A. RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES SEGÚN SU OBJETO

En el presente acápite serán analizados aquellos contratos que se encuentran sujetos a una regulación especial en razón al objeto o prestación del contrato Estatal celebrado. Dejando presente que los mismos, no obstante su régimen aplicable conservan el carácter de estatales y se encuentran por ello sometidos a los principios que deben regir la contratación estatal y las actuaciones administrativas en general.

1. Los contratos de las entidades de crédito del Estado

Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, según lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 modificado por el art.15 de la ley 1150, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades, es decir el Estatuto Financiero, el Código de Comercio, Código Civil.

Tal exclusión tiene su explicación en el hecho de que estas entidades de Crédito del Estado compiten en el mercado con otras entidades de crédito de naturaleza privada, motivo por el cual se deben de regir por normas de Derecho Privado, este es el caso del Banco Agrario de Colombia, entidad que se rige por las normas del Derecho Mercantil, Financiero y Civil. No obstante, a estas entidades también les son aplicables los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal,

contemplados en los artículos 209 y 267 de Constitución Política, y el régimen de incompatibilidades e inhabilidades aplicables a la contratación estatal. Lo anterior tiene su razón de ser en la dualidad que debe afrontar la entidad, en cuanto por un lado, estamos frente a una entidad que compite en el mercado y se hace injusto que en sus contratos tenga las prerrogativas que le otorga el Estatuto de Contratación Estatal a las entidades públicas, y por otro lado en todo caso son entidades que manejan dineros públicos y que como tal son objeto del ejercicio del control fiscal.

No obstante, esta consagración normativa, resuelve parcialmente la vicisitud sobre la normatividad aplicable a este tipo de contratos, en tanto en la actualidad ni desde el punto de vista doctrinal ni jurisprudencial existe claridad sobre lo que debe entenderse como parte del giro ordinario de los negocios de estas entidades y que no.

2. Los contratos de las entidades aseguradoras estatales

Tratándose de las entidades aseguradoras del Estado nos encontramos frente al mismo supuesto de dualidad que se observa con las entidades de crédito del Estado, en cuanto si bien son entidades de Derecho Público, y por tanto sujetos observantes de los principios de la contratación y acreedoras del régimen de responsabilidad fiscal, se les aplica en el ejercicio de la actividades contractuales propias de su objeto social, las normas de Derecho Comercial, Financiero y Civil, pues como se explicaba anteriormente estas entidades compiten en el mercado con agentes de Derecho Privado.

3. Los contratos de entidades fiduciarias estatales

Tal como se establece en los artículos citados precedentemente, las entidades fiduciarias del Estado comparte la dualidad señalada frente a los dos casos anteriores, pues estas compiten en el mercado con entidades de Derecho Privado, y por lo tanto se rigen en su contratación por normas de Derecho Comercial, Financiero y Civil; Pero aun así, estas no se encuentran exentas del ejercicio del control fiscal por parte de la Contraloría General, y aun así deben preservar el régimen de incompatibilidades e inhabilidades del Estatuto General de la Contratación Estatal.

4. Los contratos de compraventa de bienes inmuebles estatales

4.1 El Estado comprador

En este caso el Estado como comprador en un contrato de compraventa de bien inmueble, deberá regirse como agente de Derecho Privado y por las normas del Derecho Civil que para la materia existen, puesto que al querer hacerse a un bien inmueble perteneciente a un particular, deberá negociarlo con el mismo para poder comprarlo, y efectuar los ritualismos que fija la Ley Civil para la adquisición del mismo, como es elevar la compra a escritura pública y registrar la misma en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del lugar donde se encuentre el bien inmueble.

4.2 El Estado Vendedor

Sobre este particular es de resaltar que si la entidad que pretende vender se encuentra sometida al régimen del estatuto general de contratación estatal, esta deberá regirse por el Decreto 1082 de 2015, que fija el procedimiento para poder enajenar un bien inmueble del Estado por parte de las mencionadas entidades, pero si se trata de una entidad que no está sometida al mencionado estatuto, esta deberá regirse por las normas de Derecho Privado para la compra y venta de bienes inmuebles, cumpliendo los ritualismos impuestos por este tipo de regulación.

Pero a pesar de todo y por ser en todo caso entidades del Estado deberán tanto en el caso de la compra como en la venta observarse los principios de la función administrativa, y sobre estas actuaciones procederá un control fiscal de las mismas, además de aplicarse el régimen de incompatibilidades e inhabilidades del régimen de contratación estatal.

Es en este sentido importante establecer lo precisado por el parágrafo 3 del art.24 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública el cual frente al tema y en especial frente a la modalidad de venta por el sistema de martillo, modalidad a la que podrá acudir la entidad siempre y cuando exista norma que la habilite, en caso contrario se determinará la cuantía según las normas del Estatuto. El referido artículo reza lo siguiente:

“Cuando la venta de los bienes de las entidades estatales deba efectuarse por el sistema de martillo, se hará a través del procedimiento de subasta que realicen las entidades financieras debidamente autorizadas para el efecto y vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

La selección de la entidad vendedora la hará la respectiva entidad estatal, de acuerdo con los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva y teniendo en cuenta la capacidad administrativa que pueda emplear cada entidad financiera para realizar los remates”.□

5. El Contrato estatal de avalúo

La regulación del contrato de avalúo está sometida a determinar en primer lugar si la entidad que va realizar el avalúo se rige o no por el estatuto general de contratación, pues de ser así estamos frente a un proceso de contratación que se deberá regir por las normas de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015, ley

1508 de 2012 y 1682 de 2013 y sus respectivos decretos reglamentarios.

Pero por otro lado, también nos podemos encontrar con entidades que no se encuentran bajo el estatuto general de contratación estatal, caso en el cual estos contratos de avalúo se rigen por normas comerciales y civiles que regulan la materia, y por lo tanto las obligaciones que se derivan del mismo son las mismas que nacen del Derecho privado.

Pero en todo caso como se ha dicho con anterioridad, pero lo cual vale la pena recalcar, a pesar de ser contratos de derecho privado estos no escapan al control fiscal del Estado y a cumplir los principios de la función administrativa en esos contratos.

6. El contrato estatal de empréstito

Este contrato es llevado a cabo con especial rigurosidad, toda vez que no atiende a la regla general de los contratos estatales que es la licitación, pero aun así es la misma Ley 80 de 1993 en su artículo 41 párrafo 2º quien define como deben ser llevadas a cabo las operaciones de crédito del Estado con entidades de Derecho Privado Nacional o Internacional para financiar sus operaciones, o en la emisión de títulos valores, bonos y acciones que tienen como tal el mismo fin.

Estas operaciones las puede hacer la entidad como tal sin necesidad de adelantar un proceso de licitación, pero deberá en todo caso pedir autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que este autorice la operación.

No obstante, cabe precisar frente a este tipo de contratos, que según lo establecido en el artículo precedente, las operaciones de crédito público de los Municipios y departamentos se continúan rigiendo por lo contemplado en los decretos 1222 y 1333 de 1986.

7. El contrato estatal de comodato

El contrato de comodato regulado en los artículos 2200 y siguientes del Código Civil, es un contrato donde una persona entrega de manera gratuita a otra un bien mueble o inmueble de una misma especie, para su uso con cargo a que esa persona la restituya de la misma manera.

Frente a este contrato cuando lo celebra el Estado, que solo puede ser como comodatario, pues si actúa como comodante estaríamos frente a una posible donación a cargo del Estado la cual se encuentra proscrita desde la Constitución Política, es un contrato de naturaleza civil, que se rige y se lleva a cabo por las normas civiles, y que escapa a la esfera del régimen de contratación estatal, pues como tal no genera una obligación de parte del Estado de pagar al comodante suma alguna de dinero por el uso del bien, pues una de las principales características de este contrato es su gratuidad.

Por lo tanto sería absurdo someter a un proceso de licitación a quien desee contratar en comodato con el Estado, para el uso de un bien determinado, pues es por mera voluntad del comodante que a título gratuito entrega un bien al Estado por un determinado tiempo, para su uso, con cargo a que este lo devuelva en su mismo estado y lo conserve.

8. El contrato estatal de mutuo

Este contrato que tiene aspectos similares al contrato de comodato se encuentra regulado en los artículos 2221 y SS del Código Civil, y se diferencia del anterior, en tanto el mutuo hace referencia a un préstamo de consumo, con la obligación de restituir un elemento de iguales características; en otras palabras el mutuo es un contrato en que una parte le entrega a otra un bien fungible o consumible para que

esta lo utilice, y esta se compromete a devolver otro bien de las mismas características que el anterior.

Este contrato como tal no puede ser confundido con el préstamo de dinero a interés, pues en este caso estaríamos hablando de un contrato de empréstito. Así pues, los contratos de este tipo que celebre el Estado, se les aplican las disposiciones contempladas por la Ley Civil para tal fin, legislación en la que se encuentran regulados, pues por tratarse es un contrato que en su esencia es gratuito, no tiene lógica como se dijo anteriormente que este se haga por medio de una licitación o un proceso engorroso.

9. La donación

Frente al contrato de donación, es apropiado aclarar en primera instancia que el Estado no podrá en ningún momento y bajo ninguna circunstancia decretar donación alguna a favor de una persona natural o jurídica de derecho privado, esto por prohibición expresa del artículo 355 de la Constitución Política, en defensa del patrimonio público.

Pero frente a donaciones que hagan particulares a entidades públicas, es de aclarar que son perfectamente válidas, y que se regirán por las normas establecidas para tal fin en el Código Civil en los artículos 1443 y siguientes del mismo Código. Se hace perfectamente claro el hecho de que este tipo de contratos no cumpla con el régimen de contratación estatal, pues sería anti técnico desde el punto de vista jurídico someter a un trámite de licitación una donación que un particular le quiera hacer a una entidad del Estado. El estado determinará la viabilidad del objeto y la licitud de la misma, y en caso positivo tomará el control y la propiedad del bien.

10. El contrato estatal de arrendamiento se somete al decreto 1082 de 2015

El Estado como agente del mercado, al igual que cualquier persona natural o jurídica de naturaleza particular y privada, en ocasiones también requiere para el desarrollo de sus finalidades y la prestación de los servicios a cargo, realizar negocios jurídicos contractuales cuyo objeto consista en la facultad de ejercer la facultad que emana de la titularidad de la propiedad sobre bienes inmuebles.

De allí, que el Estado cuando requiere de un bien inmueble para la prestación de un servicio a cargo, y no cuenta con este, normal y ordinariamente tiene dos opciones, (i) como es el de la adquisición a través de los contratos de compraventa, si el inmueble no es de aquellos declarados de utilidad pública y de interés social, para lo cual debe contar con las autorizaciones legales correspondientes, el estudio de oportunidad, conveniencia y justificación, el avalúo comercial reglamentario y el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal, la acreditación de la propiedad, para lo cual debe contar con los elementos de licitud del negocio jurídico, lo cual es el mutuo acuerdo que emana de la autonomía de la voluntad de las partes, la capacidad, la causa, el objeto lícitos ; o (ii) acudir al contrato de arrendamiento del inmueble, cualquiera que sea su naturaleza, y puede ser un bien urbano o rural, de destinación comercial, vivienda o mixto, ya sea edificación, lote urbano o terreno rural; para lo cual debe contar con el estudio de oportunidad, conveniencia y justificación, el avalúo comercial reglamentario, la disponibilidad presupuestal correspondiente, la acreditación de la propiedad, de la administración del inmueble o posesión del mismo.

De allí, que el cuando el Estado requiere en arrendamiento el inmueble- no compraventa-, acude como agente del mercado al negocio jurídico reglado tanto en el Código Civil, como en el Código de Comercio, aplicándole las reglas especiales de los contratos estatales. Es por ello, que en este caso la administración pública ocupa el rol o la posición jurídica de Estado arrendatario, por lo que el negocio jurídico celebrado ya no es un simple contrato privado de arrendamiento, sino un contrato

estatal de arrendamiento, ya que debe someterse a las formalidades propias de los contratos celebrados por la administración pública, tales como que debe constar pro escrito, debe celebrarse con previa disponibilidad presupuestal, que es la multiplicación del valor del canon periódico de arrendamiento por el plazo del mismo, con la prohibición de la renovación automática de contrato o de previo mutuo acuerdo sin la correspondiente disponibilidad presupuestal.

Pero igual ocurre, cuando el inmueble es propiedad del Estado, no lo requiere para la prestación directa de los servicios a cargo, y por ello lo entrega a un particular o al mismo estado en arrendamiento, y es lo que se conoce como el Estado Arrendador, con las formalidades propias de los contratos estatales, salvo que cuando el Estado es el arrendador puede pactar con el particular arrendatario las prórrogas automáticas, ya que éste contrato no requiere de disponibilidad presupuestal. El Decreto 1082 de 2105, regula el procedimiento de celebración del contrato de arrendamiento.

10.1 El Estado Arrendador

En cuanto al Estado como arrendador es de aclarar que el artículo 1981 del Código Civil establece lo siguiente: “Los arrendatarios de bienes de la Unión, o de establecimientos públicos de ésta, se sujetarán a las disposiciones del presente capítulo, salvo lo estatuido en los Códigos y Leyes especiales”. Lo que quiere significar que cuando el Estado actúa como arrendador deberá en todo caso someterse a las reglas del Derecho Privado, y a las normas del arrendamiento que trae dentro de sí el Código Civil.

Ahora entonces la Ley 80 de 1993 no establece restricción alguna con la forma de celebración del contrato, ni con la duración, derogando en lo atinente a estos temas al Decreto 222 de 1983, que si establecía formas de escoger al arrendatario y duración mínima del contrato, pero aun así, si puso una pequeña restricción y es que

dichos contratos deberán celebrarse por escrito.

10.2 El Estado Arrendatario

De conformidad con lo anterior, las entidades públicas que pretendan arrendar también serán sujetos del Derecho Privado, pues el acto que celebran como tal se encuentra excluido del ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993, pero toca en todo caso aclarar que como tal las entidades de derecho público no pueden ser sujetos de actos de comercio, por esta razón la normatividad aplicable en este caso será la normatividad civil, para regular al Estado como arrendatario.

11. Imposición de servidumbre y ocupación temporal de inmuebles por causa de trabajos públicos

Con respecto a la ocupación temporal y la imposición de servidumbres es el Decreto Ley 222 de 1983 el que regula el tema, refiriéndose primero a la utilidad pública en las ocupaciones transitorias de la siguiente manera:

“Art. 108.- De la utilidad pública en la ocupación transitoria, adquisición e imposición de servidumbres sobre inmuebles de propiedad particular. De conformidad con las leyes vigentes, considerase de utilidad pública para todos los efectos legales la adquisición y la imposición de servidumbres sobre bienes inmuebles de propiedad particular, cuando tal adquisición o imposición de servidumbres sean necesarias para la ejecución de los contratos definidos en el artículo 81 de este estatuto.”

Con respecto al nombrado artículo 81 del Decreto Ley 222 de 1983, este se refería a los contratos de obra pública, los cuales se definían como los de construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público.

Ahora entonces la ocupación temporal deberá llevarse a cabo primero con el consentimiento del particular afectado con la misma, y pactando un justo precio con la administración por la ocupación temporal, este precio en todo caso será evaluado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi; pero si con el pacto del precio anteriormente nombrado, el particular no se encuentra de acuerdo, la administración pública podrá siempre en todo caso ocupar el bien, y de ser necesario con ayuda de la autoridad competente, y el particular podrá demandar la indemnización por los perjuicios causados por dicha ocupación por medio de una acción de reparación directa.

Con respecto a la imposición de servidumbres por obras públicas es el artículo 111 del nombrado Decreto Ley el que establece lo siguiente:

“Art. 111.- De la imposición de servidumbres. Los predios de propiedad particular deberán soportar todas las servidumbres que sean necesarias para construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de obras públicas.

La imposición de una servidumbre con los fines mencionados en el inciso anterior se decidirá por el juez competente, según la cuantía, previo el siguiente procedimiento:

Con la demanda la entidad interesada pondrá a disposición del juzgado la suma correspondiente al estimativo de la indemnización que en su concepto deba pagarse al propietario del bien.

Admitida la demanda se correrá traslado de ella al demandado por el término de tres días.

Si dos días después de proferido el auto que ordena el traslado de la demanda esta no hubiere podido ser notificada a los demandados, se procederá a emplazarlos en la forma indicada en el inciso 2º del artículo 452 del Código

de Procedimiento Civil.

En materia de excepciones se dará aplicación a lo establecido por el artículo 453 del Código de Procedimiento Civil.”

Según lo anterior en todo caso los particulares deberán soportar las servidumbres que por razón de interés general deba soportar, pero aun así tiene la obligación la administración de poner a disposición del administrado la indemnización que ellos consideren prudente por este gravamen, pero si el juez considera que esta indemnización no es suficiente para cubrir el perjuicio causado al particular, en todo caso podrá imponer el pago del excedente adicional a la administración a favor del administrado.

12. El contrato estatal de ciencia y tecnología

Se hace necesario primero aclarar que en la actualidad donde la fuerza de las naciones no se mide tanto en su riqueza económica sino en sus conocimientos, los conocimientos de ciencia y tecnología se hacen más importantes cada día, por eso encontramos que para facilitar un poco el crecimiento de nuevas tecnologías se excluye de un trámite engorroso y dispendioso, a los contratos de ciencia y tecnología, pero primero necesitamos definir que es ciencia y tecnología, y es aquí que el artículo 2º del Decreto 591 de 1991, lo define de la siguiente manera:

“ARTICULO 2o. Para los efectos del presente Decreto, entiéndase por actividades científicas y tecnológicas.

1. Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos y conformación de redes de investigación e información.

2. Difusión científica y tecnológica, esto es, Información, publicación, divulgación y

asesoría en ciencia y tecnología.

3. Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normatización, metrología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como a la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica.

4. Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica.

5. Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías, nacionales o extranjeras.

6. Cooperación científica y tecnológica nacional e internacional.

Además estos contratos se podrán celebrar según este decreto que fue derogado en gran parte por la Ley 80 de 1993 de la siguiente manera:

“ARTICULO 8o. La Nación sus entidades descentralizadas podrán celebrar contratos de financiamiento destinados a actividades científicas y tecnológicas, que tengan por objeto proveer de recursos al particular contratista o a otra entidad pública, en una cualquiera de las siguientes formas:

a) Reembolso Obligatorio. El contratista beneficiario del financiamiento deberá pagar los recursos en las condiciones de plazo e intereses que se hayan pactado.

b) Reembolso condicional. La entidad contratante podrá eximir parcial o totalmente la obligación de pago de capital y/o intereses cuando, a su juicio, la actividad realizada por el contratista ha tenido éxito. Esta decisión se adoptará mediante resolución motivada.

c) Reembolso parcial. Para inversiones en actividades precompetitivas, de alto riesgo tecnológico, de larga maduración o de interés general, la entidad contratante podrá determinar en el contrato la cuantía de los recursos reembolsables y la de los que no lo son.

d) Recuperación contingente. La obligación de pago del capital e Intereses sólo surge cuando, a juicio de la entidad contratante, se determine que se ha configurado una de las causales específicas de reembolso que se señalen en el contrato. La existencia de la obligación será establecida mediante resolución motivada.”

Todas esas prerrogativas que otorga el anterior artículo del Decreto 591 de 1991, tiene como finalidad promover la investigación y el desarrollo científico y tecnológico del Estado, y por eso se pueden celebrar de esa manera este tipo de contratos.

Por último este mismo Decreto en todo caso establece que la Nación también podrá celebrar convenios de cooperación con los particulares y otras entidades del Estado para el desarrollo tecnológico y científico, donde quienes celebran estos convenios pueden aportar dinero, industria, trabajo y bienes en especie.

13. El contrato estatal de fiducia pública

En cuanto al contrato de Fiducia Pública, la Ley 80 de 1993 le dio un tratamiento totalmente distinto al de la Fiducia Mercantil, toda vez que la fiducia mercantil reconoce dentro de sus características el hecho de que se crea un patrimonio autónomo, y que salen totalmente del patrimonio del fiduciante los bienes que se

entregan al fiduciario, para que este los administre a favor del fiduciante o de un tercero beneficiario o fideicomisario.

Al contrario de lo que pasa en la fiducia mercantil, la fiducia pública no transfiere los bienes del fiduciante al fiduciario, y como tal no se crea un patrimonio autónomo; así entonces lo que ocurre es que simplemente la sociedad fiduciaria actúa mas como una especie de encargo fiduciario, y no como un contrato de fiducia tal como lo determina el artículo 1226 del Código de Comercio. Así mismo el artículo 91 de la Ley 1474 hace obligatoria la celebración de negocios fiduciarios y la constitución de patrimonios autónomos para el desembolso y manejo de los anticipos en los contratos de obra pública, de salud y en todos aquellos adjudicados mediante licitación pública.

Así entonces en la fiducia pública no existe transferencia de propiedad, solo existe un manejo y administración de los recursos, lo que no saca del patrimonio del constituyente los bienes que están en la fiducia pública, lo que lo puede conllevar a que un tercero acreedor de la administración pueda acudir a ellos para reclamar el cumplimiento de la obligación.

14. El contrato estatal de encargo fiduciario

El encargo fiduciario, es un contrato en el cual una persona le encarga a una sociedad fiduciaria la administración de unos bienes o recursos con cargo a que estos sean devueltos a la misma persona o que sean en beneficio de un tercero, se diferencia de la fiducia mercantil, en cuanto este tipo de contrato no crea un patrimonio autónomo y no transfiere el dominio de los bienes.

Con la definición anterior podemos observar que el contrato de encargo fiduciario y el contrato de fiducia pública son muy similares, y casi idénticos, esto fue el resultado del legislador al poner mayores restricciones a las fiducias públicas en la Ley 80 de

1993, lo que termino siendo en conclusión la fiducia pública, fue un encargo fiduciario, que en si en nada se diferencian.

15. Los contratos estatales de edición, impresión y publicación

En el caso de los contratos estatales de edición, impresión y publicación, y por poner un ejemplo, de los contratos que celebra la Imprenta Nacional de Colombia, por tratarse esta entidad de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, estos contratos se regirán por la Ley Civil y Comercial, toda vez que esta cumple funciones que cumplen otros particulares y que por lo tanto están compitiendo en el mercado con los mismos.

Pero aun así, según lo anterior, no escapan a los principios de la función administrativa y al control fiscal por parte de los entes de control, además que en sus contratos también se puede llegar a aplicar el régimen de incompatibilidades e inhabilidades que se aplica en el régimen de contratación estatal.

16. Régimen de los contratos para la realización de inversiones en nuevas plantaciones forestales de carácter protector

El Certificado de Incentivo Forestal de Carácter Protector Productor CIF, fue creado mediante la Ley 139 de 1994, y este tiene como finalidad las inversiones de nuevas plantaciones forestales de carácter protector, y pueden acceder a los CIF, todas las personas naturales y jurídicas de carácter privado, entidades descentralizadas municipales o distritales cuyo objeto sea la prestación de servicios de agua y alcantarillado.

Estos CIF son certificados que son entregados por la entidad encargada del manejo de los recursos ambientales renovables y del medio ambiente, con los cuales la

persona puede solicitar por una sola vez y en las fechas y plazos establecidos una suma de dinero por las plantaciones forestales de especies autóctonas o introducidas.

Este tipo de contrato para la entrega de los CIF, se convierte en un contrato especial, puesto que tiene unos requisitos especiales y un trámite especial, el cual se encuentra regulado por el Decreto 1824 de 1994, el cual es el que regula la entrega y el trámite de los CIF.

17. Régimen de contratos para el desarrollo de proyectos culturales

Con respecto al régimen para el desarrollo de proyectos culturales la Ley 397 de 1997 en su artículo 36 establece lo siguiente:

“Artículo 36. Contratos para el desarrollo de proyectos culturales. Para el cabal cumplimiento de las funciones relativas al fomento y el estímulo a la creación, investigación y a la actividad artística y cultural a que se refiere el Título III, así como las asignadas respecto al patrimonio cultural de la Nación, el Ministerio de Cultura podrá celebrar las modalidades de contratos o convenios previstos en los Decretos 393 y 591 de 1991, con sujeción a los requisitos establecidos en la citada normatividad.”

Según el anterior artículo en cuanto al régimen de los contratos de desarrollo de proyectos culturales se les aplicara lo dispuesto en los Decretos 393 y 591 de 1991, refiriéndose el primero a las formas de asociación para el desarrollo de actividades científicas y culturales, aclarando en todo caso que a estas formas de asociación se les aplicara en todo caso la normatividad Civil y Comercial que sea del caso para el desarrollo de la sociedad.

El cuanto al Decreto 591 de 1991, este establece el régimen especial de contratación

para el desarrollo de proyectos científicos, estableciendo este mismo decreto lo siguiente:

“ARTICULO 3º . Los contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas a que se refiere el artículo anterior, que celebren la Nación y sus entidades descentralizadas se registrarán por las normas de derecho privado y por las especiales previstas en este decreto, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos.”

Por lo tanto, según el artículo anterior la naturaleza de los contratos de desarrollo científico y cultural es de Derecho Civil y Comercial, ahora si la naturaleza es privada en estos contratos, se deduce que la forma de contratación es directa para estos casos en particular, esto según el artículo 4º del mismo decreto, que fija lo siguiente:

“ARTICULO 4º . Los contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas a que se refiere el artículo 2º de este decreto, se celebrarán directamente y sólo se requerirá para su validez el cumplimiento de los requisitos propios de la contratación entre particulares y de los especiales previstos en este decreto, y además apropiación y registro presupuestal, publicación en el Diario Oficial y pago del impuesto de timbre nacional, cuando a este haya lugar”.

18. Régimen de contratos para la venta de la propiedad accionaria de las entidades estatales

Con respecto a la venta de la propiedad accionaria de las entidades del Estado, esta se encuentra por fuera del estatuto general de contratación estatal, y se encuentra regulada por la Ley 226 de 1995, la cual establece los requisitos para la venta de dicha propiedad.

Este régimen en todo caso se hace con el respeto a unos principios básicos para la enajenación de los bienes accionarios de las entidades del estado los cuales son:

-Democratización: Toda persona tendrá derecho a acceder a la propiedad accionaria que el Estado enajene.

-Preferencia: Que consiste en que existen ciertas personas que tendrán preferencia en adquirir dicha propiedad, como son los trabajadores de la empresa, los ex trabajadores de la entidad privatizada, entre otros.

-Protección del Patrimonio Público: Que la enajenación accionaria estatal se hará siempre preservando el patrimonio público.

-Continuidad del Servicio: Cuando se enajene propiedad accionaria de una entidad que preste un servicio de interés público, se garantizara la prestación del mismo.

En todo caso esta venta se deberá hacer siempre de conformidad con los principios de la función administrativa y sobre ellos se ejercerá un control fiscal de la venta.

19. Régimen de las causales de caducidad de los contratos estatales de orden público

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, cuando se presentaba una de las causales de caducidad fijadas en el Decreto Ley 222 de 1983, se constituía en obligatorio para la entidad la declaratoria de la caducidad del contrato; Por su parte, y en antítesis a lo anteriormente expuesto, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, esta declaratoria de caducidad es facultativa de la

administración, y en todo caso se le debe permitir la defensa en sede administrativa al contratista.

Lo anterior tiene su razón de ser, en el hecho de que la administración pública debe tratar de que con la declaratoria de caducidad no se afecte la continuidad de la obra o no se suspenda un servicio público, todo ello en defensa del interés general. La decisión de la declaratoria de caducidad es de tipo jurídico política. Es el ejercicio de una valoración de proporcionalidad, donde en todo caso se debe buscar proteger el interés general.

Declarada la caducidad, la administración deberá tomar posesión de la obra o del servicio que tenía contratado y tratar en el menor tiempo posible de iniciar un nuevo proceso de contratación para continuar con el contrato, o de darse el supuesto continuar con el segundo contratista calificado en el orden de elección.

Por último, vale la pena aclarar que por ser la naturaleza jurídica de la caducidad de tipo sancionatoria frente al indebido desarrollo del contrato por parte del contratista, este no podrá en ningún caso solicitar indemnización alguna por la misma, a diferencia de la terminación unilateral del contrato en la cual el contratista si tiene el derecho a pedir ese monto. Lo aquí señalado encuentra su sustento normativo en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, que reza lo siguiente:

“ARTICULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. 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.□□ En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto

contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.”

Las causales Colombianas de caducidad; denominación que le damos en tanto es en el único ordenamiento que las contempla, establece igualmente como causal de caducidad, el incumplimiento del deber del contratista de informar y/o ceder a las peticiones o amenazas que reciban por parte de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho.

En este punto es necesario señalar que la regulación de cláusulas excepcionales de orden público es diferente a las cláusulas excepcionales singulares, en tanto frente a las mismas no interesa determinar frente a qué tipo de contrato nos encontramos, es decir si es de aquellos en que las referidas cláusulas son prohibidas, facultativas u obligatorias de ser pactadas.

El gobierno es quien declara la caducidad en los casos de orden público, por ser el jefe del orden público (*Nacional, Departamental, Municipal*) mientras que en el régimen de las causales singulares de la ley 80 es el representante legal e la entidad quien lo declara.

20. La Caducidad de los contratos vigentes por la declaratoria de responsabilidad fiscal del contratista o uno de sus miembros del contratista plural

En cuanto a la caducidad por declaratoria de responsabilidad fiscal, se debe decir

que es obligación legal de la administración pública en el caso en que el contratista sea declarado fiscalmente responsable por causar un detrimento al patrimonio público, declarar la caducidad del contrato, esta se debe hacer por petición de la Contraloría, esto según lo establece el artículo 61 de la Ley 610 de 2000, que fija lo siguiente:

“Artículo 61. Caducidad del contrato estatal. Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.”

Ahora si se observa el citado artículo, en todo caso establece unas excepciones para declarar la caducidad del contrato, y estas excepciones tienen que ver con que el acto administrativo que expide declarando la responsabilidad fiscal del contratista haya perdido su fuerza ejecutoria por caducidad, o que cuando se declare la responsabilidad fiscal el contrato ya se encuentre liquidado, y estas dos razones tienen su fundamento en que, primero ningún acto administrativo puede ser eterno y ejecutado en el tiempo que la administración desee, y por otro lado es imposible declarar la caducidad de un contrato que se encuentra ya liquidado y cumplido, y que además de eso se le impongan las sanciones correspondientes a un contratista cumplido que fue hallado fiscalmente responsable de un detrimento patrimonial a la administración.

B. RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y REGÍMEN ESPECIAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES SEGÚN LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SUJETOS CONTRACTUALES

En este acápite estudiaremos la regulación especial existente frente a aquellos

contratos que en virtud de la naturaleza jurídica de las partes que intervienen, están por fuera de la aplicación del Estatuto general de la Contratación. Entre las cuales se encuentran las Universidades Públicas, el Banco de la República y los denominados contratos de idoneidad.

1. Los contratos celebrados por las instituciones públicas de educación superior de carácter profesional, tecnológicas y técnicas

La Constitución Política en su artículo 69 Superior consagra la autonomía universitaria como principio rector de las actividades llevadas a cabo por los entes de educación superior, al establecer al respecto:

“ARTICULO 69. Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.

El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.

El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior”

Este carácter autónomo es otorgado, en palabras de la Corte Constitucional en Sentencia T-492 agosto 12/92 M .P. José Gregorio Hernández Galindo, tomando como fundamento:

“La necesidad de que el acceso a la formación académica de las personas tenga lugar dentro de un clima libre de interferencias del poder público tanto en el campo netamente académico como en la orientación ideológica, o en el manejo

*administrativo o financiero del ente educativo....En síntesis el concepto de autonomía universitaria implica la consagración de una regla general que consiste en la libertad de acción de los centros educativos superiores, de tal modo que las restricciones son excepcionales y deben estar previstas en la ley, según lo establece con claridad el artículo citado*²⁴⁰.

En tal sentido, y siguiendo la estipulación constitucional señalada, el legislador expidió la Ley 30 de 1992, “*Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior*”, norma en la cual se dotó a los entes de educación superior con las siguientes características: personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente, la facultad de elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, en concordancia con la Ley 647 de 2001.

Así mismo dispone esta norma en su artículo 57 párrafo, que aquellas instituciones de educación Superior que no tengan el carácter de universidades deberán organizarse como Establecimientos Públicos del orden Nacional, Departamental, Distrital o Municipal.

Por su parte, en cuanto al régimen a estas aplicable en materia contractual se tiene que según la naturaleza de la contratación a llevarse a cabo, advierten un carácter mixto en la normatividad aplicable a sus actos, de forma tal que dependerá de si con éste se busca cumplir directamente con la función del establecimiento educativo, o si el objeto contractual lo constituye la adquisición de un bien o servicio de orden administrativo; en el primer caso, es decir cuando la contratación es de tipo misional le serán aplicable las disposiciones del derecho privado, en el segundo por su parte, se aplicará Ley 80 de 1993 y el Decreto 1082 de 2015, por el cual se expide el

²⁴⁰ Corte Constitucional en Sent. T-492 agosto 12/92 M .P. José Gregorio Hernández Galindo

Reglamento Único de los sectores regulados de planeación y de contratación pública. No obstante lo anterior, vale precisar que el hecho de que se aplique Derecho privado en este tipo de contratos, no obsta para que con ello estos entes pierdan su carácter público y con ello la obligación de sujetarse en sus actuaciones a los principios de la función pública contenidos en el artículo 209 superior.

Igualmente, debe determinarse la naturaleza del ente de educación superior, pues de una parte las universidades estatales u oficiales, se rigen por las normas contenidas en el capítulo VI de la Ley 30 de 1992, mientras que las demás instituciones estatales u oficiales de educación superior, que se organicen como establecimientos públicos para los mismos efectos deben someterse a las normas de la Ley 80 de 1993²⁴¹.

En igual sentido a lo ya expresado, la Corte Constitucional en Sentencia C-547 de 1994 señala:

“(...) Así las cosas, a primera vista podría pensarse que las universidades estatales u oficiales en materia contractual quedaron cobijadas por las normas del mencionado estatuto general de contratación de la administración pública; sin embargo, ello no es así, pues dichas instituciones se rigen por normas especiales dictadas por el legislador, de las cuales, justamente, hacen parte las demandadas. No ocurre lo mismo con las instituciones estatales u oficiales de educación superior que no tengan el carácter de universidad, pues como se expresó en el párrafo anterior, por tratarse de establecimientos públicos, su régimen contractual es el contenido en el estatuto precitado²⁴².

Por su parte, la Ley 1150 de 2007 establece en el artículo 4º, las causales por las cuales la administración pueden acudir a la contratación directa, de las que se

²⁴¹ Corte Constitucional en Sentencia T-492 agosto 12/92 M. P. José Gregorio Hernández Galindo

²⁴² Corte Constitucional en Sentencia C-547 de 1994

exceptúan expresamente aquellos contratos suscritos por los entes de educación superior cuando estos son los ejecutores, es así como el literal c de la norma de la referencia expresa con relación al tema lo siguiente²⁴³:

Artículo 4º Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo.

En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.

Por ultimo, es importante precisar que esta autonomía es aplicable a las universidades independientemente del orden territorial en que se encuentren, es

²⁴³ Decreto 1082 de 2015, por el cual se expide el Reglamento único de los sectores regulados de planeación y de contratación pública.

decir se aplica a las universidades del orden Nacional como la Universidad Nacional, así como las del orden Distrital y departamental como es el caso de la Universidad Distrital, sin embargo las Universidades tienen límites en la celebración de contratos interadministrativos como contratante, limitaciones impuestas por la Ley 1150 de 2007, y la Ley 1474 de 2011 en su artículo 92, que dispone:

Artículo 92. Contratos interadministrativos. *Modifícase el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:*

c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.

2. Los contratos del Banco de la República.

Con respecto a los contratos del Banco de la República, es necesario aclarar que esta entidad cuenta con una gran autonomía que se reconoce desde la Constitución, lo que le permite darse su propio régimen de contratación. En general el régimen aplicable a los contratos que celebre dicha entidad según la Ley 31 de 1992, será el

Derecho Privado, esto en virtud del artículo 52 de la citada Ley, que establece:

“ARTÍCULO 52. RÉGIMEN CONTRACTUAL. Las operaciones de crédito, descuento y redescuento deberán documentarse en títulos valores y, en su caso, contarán siempre con la responsabilidad de la institución descontada o redescontada. Para tal efecto el endoso en propiedad al Banco de la República de los títulos descontados o redescontados, no extingue las obligaciones a cargo del establecimiento de crédito.

El Banco de la República no podrá autorizar descubiertos en ninguna forma ni conceder créditos rotatorios ni de cuantía indeterminada.

Además de lo dispuesto en este artículo, los contratos de descuento y de redescuento que se celebren con el Banco de la República se regirán por las normas que expida la Junta Directiva y en lo no previsto por ellas, por el Código de Comercio.

Los contratos que celebre el Banco con cualquier entidad pública tienen el carácter de interadministrativos y solo requerirán para su validez la firma de las partes y el registro presupuestal a cargo de la entidad contratista.

Los demás contratos de cualquier índole que celebre el Banco de la República se someterán al derecho privado.

El Banco podrá, en la ejecución de los contratos internacionales que celebre y cuyo objeto principal haga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero, someterse al derecho o tribunales extranjeros, señalar su domicilio o designar mandatarios en el exterior.”

3. Los Contratos celebrados con organizaciones no gubernamentales de reconocida idoneidad

Los contratos de idoneidad son igualmente denominados contratos de interés público, contratos sin ánimo de lucro, o contratos con Organizaciones No Gubernamentales.

El fundamento normativo de este tipo de contratos lo encontramos consagrado en primer término en el Art. 355 superior, el cual señala:

“El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y con los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

En desarrollo de la habilitación anteriormente señalada, el gobierno facultado para reglamentar la materia, expidió los Decretos 777 de 1992, 1403 del 26 de agosto de 1992, y, finalmente el Decreto 2459 del 9 de diciembre de 1993; en ellos estableció los requisitos que deben presentarse a fin de celebrar este tipo de contratos y las características de los mismos. En tal sentido el artículo 1º Del Decreto 777 preceptúa:

“Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el 2º inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la nación, los departamentos distritos y municipios con entidades sin animo de lucro y de reconocida idoneidad con el propósito de impulsar programas y actividades de interés publico, deberán constar por escrito y se sujetaran a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el decreto 222 de 1983.”

En complemento a lo anterior, el artículo 3º del Decreto 1029 de julio 21 de 1992 dispone la necesidad que tiene el funcionario que se encuentre facultado para celebrar el contrato, de evaluar y certificar la reconocida idoneidad de la entidad contratista por

escrito, e igualmente manifestar en la motivación respectiva que tiene conocimiento de las actividades que desarrolla la entidad y de la forma como ha cumplido con las labores que constituyen su objeto social.

Conforme al articulado transcrito y haciendo una interpretación sistemática del mismo, se tiene que el Gobierno en sus diferentes niveles, podrá celebrar contratos con las entidades sin ánimo de lucro o de reconocida idoneidad a fin de impulsar programas y actividades de interés público siempre que se cumplan unos requisitos, entre los que encontramos:

-Deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el referido Decreto.

-Deberá demostrarse la idoneidad frente al desarrollo del objeto contractual por parte de la Entidad sin ánimo de lucro, según las reglas establecidas para tal fin en el Decreto; ateniendo para ello al examen de criterios objetivos y a la observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que debe surtir la función administrativa de acuerdo a lo consagrado en el artículo 209 de la Carta Política.

Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato.

-La Entidad deberá contar con la respectiva autorización de parte del representante legal de la Nación, departamento o municipio según el caso.

-Estarán sujetos a los planes nacionales y seccionales de desarrollo, programas y proyectos que apruebe el CONPES.

-La Entidad deberá contar con el certificado de disponibilidad presupuestal necesario para el desarrollo del contrato.

-Deberán constituir garantías de adecuado manejo y cumplimiento por parte del contratista.

-La ejecución del contrato estará sujeta al control por parte de un interventor designado para tal fin.

-Pueden incluirse dentro del contrato las cláusulas excepcionales de terminación, interpretación y modificación unilateral.

Por último vale precisar que estos contratos se caracterizan por tener costos administrativos, e ingresos, pero ser carentes de utilidades.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES CELEBRADOS POR LAS EMPRESAS Y ENTIDADES DE SERVICIOS PÚBLICOS

SUMARIO. 1. La contratación estatal de concesión de servicios públicos administrativos. 2.- La contratación de servicios públicos asistenciales. 3.- Responsabilidad civil e instituciones reguladoras de las empresas prestatarias de los servicios públicos, y el deber de prevenir y sancionar conductas generadoras del daño patrimonial contractual. 4. Responsabilidad civil y el daño patrimonial en la prestación de los servicios de salud en los distintos niveles de complejidad para la atención médico –quirúrgica. 5. La responsabilidad civil y del Estado por incumplimiento e inobservancia del manual de Actividades, intervenciones y procedimientos del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud – MAPIPOS de salud. 6.- La responsabilidad civil en la contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios. 7.- El deber de las instituciones reguladoras de las empresas de servicios públicos domiciliarios de prevenir el daño patrimonial en la contratación de las entidades vigiladas en la prestación del servicio a usuarios y consumidores. 8.-Ministerio de tecnologías de la información y las comunicaciones. 9.-Responsabilidad civil y régimen especial de contratación para la prestación de servicios de aseo, acueducto y alcantarillado. 10.- Responsabilidad civil y régimen especial de contratación para la prestación de servicio de energía y gas combustible. 11.- La Responsabilidad civil en la contratación y prestación del servicio en la generación, transmisión y comercialización de energía eléctrica. 12.- La responsabilidad civil en la contratación y prestación del servicio en la exploración, distribución y comercialización de gas combustible. 13.- La responsabilidad civil en la contratación y prestación del de telefonía básica conmutada

El carácter de especial de los regímenes de contratación de las diferentes empresas y entidades que prestan servicios públicos, se encuentra determinadas por las propias reglas que inciden en el crecimiento de la actividad estatal recogidas por la

constitución nacional y las leyes que la desarrollan.

Para poder comprender el porque del régimen especial de los contratos de las entidades y empresas de servicios públicos, debemos entender este concepto como un concepto general; es decir que en el marco jurídico colombiano como el extranjero el concepto de servicios públicos es un genero del cual hacen parte otras especies, que resultan mas sencillo estudiar los servicios públicos desde sus especies y por tanto hacer un trabajo sobre su régimen de contratación mucho más serio.

Es así, debido a los múltiplex significados que adquiere la expresión servicios públicos y desde el punto de vista jurídico, al examinar las normas relativas a los servicios públicos resulta indispensable, pues, en cada caso, cual de las acepciones fue la que el constituyente o el legislador dieron a esta expresión.

En efecto, ella se utiliza, a veces, con un efecto instrumental, para referirse a todas las actividades y estructuras que la constitución o la ley colocan bajo la dirección directa o indirecta de las autoridades públicas. De ello hay varios ejemplos en nuestra constitución. Este es, por supuesto, el uso que puede tener más contenidos, esto es, el que permite calificar como servicios públicos más aspectos de la vida de la sociedad.

Se utiliza también, la expresión servicios públicos de acuerdo con lo que fueron las enseñanzas de *Jése*, para referirse a un régimen jurídico especial, que confiere a quienes se rigen por él ciertas obligaciones y facultades que no se encuentran en la órbita del Derecho privado. Pueden mostrarse varios textos constitucionales donde tal uso ocurre; mas aún, este es el significado con el cual la constitución emplea con más frecuencia los términos servicios públicos.

Queda demostrado entonces, como la Constitución emplea la expresión servicios públicos en diferentes apartes, estableciendo la necesidad que estudiar los contratos

teniendo en cuanto el servicio público que presta cada empresa o entidad encargada de la prestación de estos servicios. De la prestación de cada uno de las especies de servicios públicos, surge entonces un régimen especial para su regulación y por su puesto para la contratación.

En el anterior orden de ideas, el inciso segundo del artículo 365 de la Constitución política, establece que *“los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley”*, y hoy se reconoce que determinadas actividades deben ser objeto de regulaciones especiales.

Dentro de esas regulaciones especiales de los servicios públicos, una clasificación para estos efectos haría parecer cuatro grupos principales de servicios: 1) los puramente administrativos (aquellos que atienden a las gestiones que los ciudadanos hacen ante las autoridades para su vida civil); 2) los de carácter social (vivienda, educación, salud previsión social, recreación); 3) los industriales y comerciales (que están destinados a aumentar la riqueza); y 4) los de mejoramiento de vida ciudadana (transporte, comunicaciones, mercados, electricidad, etc.).

1. La contratación estatal de concesión de servicios públicos-administrativos

Los servicios públicos administrativos como lo habíamos anotado anteriormente, son aquellos servicios que se prestan en todas las oficinas de las entidades del Estado abiertas al público. Los servicios públicos denominados administrativos, corresponden a todas aquellas actividades, a través de las cuales, se atienden las necesidades que los administrados requieren para un correcto desarrollo de sus derechos y obligaciones para con el Estado.

Desde esa perspectiva, son servicios públicos administrativos los prestados para el correcto funcionamiento de la administración pública y que en principio deben ser

prestados directamente por el Estado y excepcionalmente cuando la ley lo permita, de manera indirecta o de manera asociada con los particulares es decir, mixta.

2. La contratación de servicios públicos asistenciales

Los servicios públicos asistenciales, son aquellos que se encuentran destinados al cubrimiento de necesidades de carácter social, entre ellos aquellos servicios destinados a la protección y asistencia a la niñez, adolescencia y a las personas de la tercera edad; el servicio público a de la salud; y el de la educación cuya gestión a diferencia de los servicios públicos administrativos puede directa, indirecta o mixta.

Veamos entonces las principales características de cada uno de estos servicios y particularmente en lo que tiene que ver con el régimen de contratación aplicable.

2.1 Contrato para la nutrición, protección y asistencia a la niñez, adolescencia y a las personas de la tercera edad

La Constitución Política de Colombia en su artículo 44 eleva a la categoría de fundamental los derechos de los menores y la familia, estableciendo que *“son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”*. *“La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”*. *“Los derechos de los niños*

*prevalecen sobre los derechos de los demás*²⁴⁴.

Para la protección de la niñez y la familia, en Colombia fue creado el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, mediante la Ley 75 de 1968 “Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, modificado por la Ley 7 de 1979 y el Decreto 1137 de 1999; así mismo, los procesos contractuales del IBF se sujetará al contenido en la Ley 7a. de 1979 como disposición jurídica central, el Decreto 2388 de 1979, el Decreto 2923 de 1994, el Decreto 2150 de 1995, la Resolución 505 del 21 de marzo de 2007 (Manual de Contratación) y su modificación adoptada mediante la Resolución 1278 de junio 15 de 2007 y demás que la adicionen o modifiquen.

En cuanto al régimen de contratos que suscribe el ICBF con el objeto de prestar los servicios de nutrición, protección y asistencia a la niñez, adolescencia y a las personas de la tercera edad, el Decreto 1137 de 1999 en su artículo 19, establece el régimen de contratación al que esta sometido el ICBF para lograr el cumplimiento de su objeto social. En tal circunstancia, establece que:

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podrá celebrar los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades propias de su objeto, en los términos y condiciones en que lo señala el artículo 355 de la Constitución Política.

No obstante lo anterior, por criterios de eficiencia en materia de ejecución presupuestal el ICBF, deberá reglamentar mediante los estatutos de contratación el procedimiento para la adjudicación de estos contratos, de conformidad con el artículo 209 de la constitución nacional y la Ley 489 de 1998, reglamentando los estándares de prestación de servicios, los planes de beneficios propios del sistema de bienestar

²⁴⁴ Constitución Política de 1991, artículo 44.

familiar y sus respectivos costos, los cuales serán elementos fundamentales de referencia para la prestación del servicio por parte de todos los agentes del Sistema, en sus respectivos ámbitos de acción y competencia.

La atención nutricional a los escolares en el sector público se inició en Colombia en 1941 mediante la expedición del Decreto 319 del 15 de febrero, por el cual el gobierno fijó pautas para la asignación de aportes de la Nación destinados a la dotación y funcionamiento de los restaurantes escolares, bajo la responsabilidad del Ministerio de Educación Nacional. En 1968 se creó el ICBF y asumió las funciones del Instituto Nacional de Nutrición fundado en 1963, entre las cuales, la ejecución del proyecto de Protección Nutricional y Educación Alimentaria en Escuelas Oficiales de Educación Primaria. Desde entonces y hasta el 2006, los programas de alimentación escolar han funcionado con la orientación, financiación y lineamientos del ICBF para el sector público. Las modalidades de prestación del servicio se han adaptado a las metas de los planes de desarrollo del país y a objetivos de mejoramiento del estado nutricional de los escolares; a partir de 2006 se vincularon directamente con objetivos relacionados con el sistema educativo, como una estrategia para contribuir a incrementar la matrícula, reducir el ausentismo y mejorar la función cognitiva de los escolares.

El Gobierno Nacional ha expedido una serie de Leyes como la Ley 715 de 2000, que asigna a los municipios y distritos del país recursos de transferencia de la Nación, la Ley 1098 de 2006, que adopta el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Ley 1176 de 2007, que tiene coherencia con la protección de la infancia y adolescencia como el derecho a la alimentación, la salud y la educación, entre otros. Así mismo, se ratifica al ICBF para articular y coordinar el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, establecer los lineamientos que las instituciones deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de manera específica para el Programa de Alimentación Escolar.

El Servicio Público de Bienestar Familiar – SPBF, se presta en el territorio Nacional a través de las instituciones adscritas, vinculadas y propias del Sistema Nacional de Bienestar Familiar- SNBF. El ICBF es prestador del SPBF y es el ente rector, coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar – SNBF. En este sentido se realizan acciones de coordinación, articulación y gestión, se ejecutan programas y se celebran convenios, contratos de aporte, entre otros, a través de los cuales provee recursos para la prestación del Servicio Público de Bienestar Familiar - SPBF.

Se entiende por contrato de aporte, cuando el Instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social los bienes indispensables para brindar el servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del ICBF (Decreto 2388 de 1979 “Por el cual se reglamentan las Leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7ª de 1979”).

En consecuencia, en cumplimiento de la misión institucional, el Instituto contrata los servicios de atención especializada con el objetivo de asegurar el restablecimiento del ejercicio de derechos mediante acciones que favorezcan el desarrollo humano integral, con la participación de la familia y la comunidad.

El proceso general de contratación se sustenta en el cumplimiento de la misión institucional, y el valor estimado de los contratos a suscribir está determinado por el proceso previo de programación de metas sociales y financieras, realizado por cada Regional o Seccional del ICBF con base en los techos presupuestales asignados por el Nivel Nacional. No obstante, la identificación de las necesidades a satisfacer, la consideración de las alternativas para satisfacerlas y la definición de la alternativa más conveniente para cada departamento, son responsabilidad del nivel Regional/Seccional ICBF, con la asesoría y línea técnica del Nivel Nacional. En tal sentido, las coberturas específicas a contratar (modalidades de atención, tipos de

servicio y cantidad de cupos) las establece cada Regional o Seccional ICBF con base en el análisis de necesidades y oportunidades que se realice para el efecto, teniendo en cuenta la información obtenida en el marco de los Diagnósticos Sociales Situacionales y la validación de las experiencias. Es fundamental resaltar que el análisis de necesidades y oportunidades debe quedar consignado de manera clara y completa en el “Estudio de conveniencia y oportunidad” de que trata el Manual de Contratación vigente y según el Concepto 80112 de Mayo 20 de 2008 de la Contraloría General de la República, el cual indica que las entidades estatales tienen la obligación de analizar las condiciones y precios del mercado, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, lugar y modo, así como las especificaciones del servicio a contratar.

2.2 Contratos de las instituciones educativas públicas

En régimen de contratación de las Instituciones educativas, se encuentra regulado en la Ley 115 de 1994 “Por la cual se expide la Ley general de Educación”, y la Ley 715 de 2001 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”. Esta última disposición, establece que la prestación del servicio de educación estará a cargo de las instituciones educativas y las define como aquel conjunto de personas y bienes promovidos por las autoridades públicas o por particulares, cuya finalidad será prestar un año de educación preescolar y nueve grados de educación básica como mínimo, y la media. Las que no ofrecen la totalidad de dichos grados se denominarán centros educativos y deberán asociarse con otras instituciones con el fin de ofrecer el ciclo de educación básica completa a los estudiantes.

Los órganos de dirección de gobiernos de estas instituciones, se encuentran regulados en el artículo 142 y siguientes de la ley 115 de 1994, los cuales integrarán

un Gobierno Escolar conformado por el rector, el Consejo Directivo y el Consejo Académico, estableciendo así mismo las funciones de cada uno de ellos, salvo las del rector o director que se encuentran en el artículo 10 de la Ley 715 de 2001.

Para que estas Instituciones puedan realizar procesos de contratación, lo hacen por medio de los Fondos de Servicios Educativos, regulados en la Ley 715, en los cuales se manejarán los recursos destinados a financiar gastos distintos a los de personal, que faciliten el funcionamiento de la institución, con el propósito de dar certidumbre a los Consejos Directivos acerca de los ingresos que pueden esperar, y facilitarles que ejerzan, con los rectores o directores, la capacidad de orientar el gasto en la forma que mejor cumpla los propósitos del servicio educativo dentro de las circunstancias propias de cada establecimiento.

Los Fondo de Servicios Educativos, son administrados por el rector o director de la Institución educativa, con el respectivo Concejo Directivo, de conformidad con las funciones otorgadas por la ley 715 de 2001 y el Decreto 4791 del 19 de diciembre de 2008 por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 11, 12, 13 y 14 de la Ley 715 de 2001 en relación con el Fondo de Servicios Educativos de los establecimientos educativos estatales. Esta disposición, establece que la administración del fondo comprende las *“acciones de presupuestación, recaudo, conservación, inversión, compromiso, ejecución de sus recursos y rendición de cuentas, entre otras, con sujeción a la reglamentación pertinente y a lo dispuesto por el consejo directivo”* y que la ordenación del gasto corresponde al rector o director rural de la Institución educativa, sin que tal labor implique representación legal, pues tales fondos carecen de personería jurídica por disposición de la misma norma.

En cuanto a la contratación de estos fondos, el numeral 4 del artículo 6º del mismo decreto, establece que los rectores o directores rurales en relación con los fondos le compete: *“Celebrar los contratos, suscribir los actos administrativos y ordenar los gastos con cargo a los recursos del Fondo de Servicios Educativos, de acuerdo con*

el flujo de caja y el plan operativo de la respectiva vigencia fiscal, previa disponibilidad presupuestal y de tesorería”.

Ahora bien, los administradores de estos fondos sólo podrán utilizarlos de conformidad con lo establecido en la Ley 715 sobre la materia, e igualmente lo dispuesto en el artículo 11 del decreto 4791 de 2008, en tal sentido, sólo podrán contratar lo siguiente.

Utilización de los recursos. Los recursos sólo pueden utilizarse en los siguientes conceptos, siempre que guarden estricta relación con el Proyecto Educativo Institucional:

1. Dotaciones pedagógicas del establecimiento educativo tales como mobiliario, textos, libros, materiales didácticos y audiovisuales, licencias de productos informáticos y adquisición de derechos de propiedad intelectual.
2. Mantenimiento, conservación, reparación, mejoramiento y adecuación de los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo, y adquisición de repuestos y accesorios. Las obras que impliquen modificación de la infraestructura del establecimiento educativo estatal deben contar con estudio técnico y aprobación previa de la entidad territorial certificada respectiva.
3. Adquisición de los bienes de consumo duradero que deban inventariarse y estén destinados a la producción de otros bienes y servicios, como muebles, herramientas y enseres, equipo de oficina, de labranza, cafetería, mecánico y automotor.
4. Adquisición de bienes de consumo final que no son objeto de devolución, como papel y útiles de escritorio, elementos de aseo, cafetería, medicinas y materiales desechables de laboratorio, gas, carbón, o cualquier otro combustible necesario para el establecimiento educativo.

5. Arrendamiento de bienes muebles e inmuebles necesarios para el funcionamiento del establecimiento educativo.
6. Adquisición de impresos y publicaciones.
7. Pago de servicios públicos domiciliarios, telefonía móvil e Internet, en las condiciones fijadas por la entidad territorial.
8. Pago de primas por seguros que se adquieran para amparar los bienes del establecimiento educativo cuando no estén amparadas por la entidad territorial certificada respectiva, así como las primas por la expedición de las pólizas de manejo que sean obligatorias.
9. Gastos de viaje de los educandos tales como transporte, hospedaje y manutención, cuando sean aprobados por el consejo directivo de conformidad con el reglamento interno de la institución. Los costos que deban asumirse por tal concepto podrán incluir los gastos del docente acompañante, siempre y cuando la comisión otorgada por la entidad territorial no haya generado el pago de viáticos.
10. Sufragar los costos destinados al sostenimiento de semovientes y proyectos pedagógicos productivos.
11. Contratación de servicios técnicos y profesionales prestados para una gestión específica y temporal en desarrollo de actividades diferentes a las educativas, cuando no sean atendidas por personal de planta. Estos contratos requerirán la autorización del consejo directivo del establecimiento educativo y se rigen por las normas y principios de la contratación estatal. En ningún caso podrán celebrarse contratos de trabajo, ni estipularse obligaciones propias de las relaciones laborales tales como subordinación, cumplimiento de jornada laboral o pago de salarios. En

todo caso, los recursos del Fondo de Servicios Educativos no podrán destinarse al pago de acreencias laborales de ningún orden.

12. Realización de actividades pedagógicas, científicas, deportivas y culturales para los educandos, en las cuantías autorizadas por el consejo directivo.

13. Inscripción y participación de los educandos en competencias deportivas, culturales, pedagógicas y científicas de orden local, regional, nacional o internacional, previa aprobación del consejo directivo.

14. Acciones de mejoramiento de la gestión escolar y académica enmarcada en los planes de mejoramiento institucional.

Parágrafo 1°. Las adquisiciones a que hacen referencia los numerales 1, 3, 4 y 5 se harán con sujeción al programa general de compras debidamente aprobado por el consejo directivo y de conformidad con las normas que rigen la materia.

Por otro lado, a los rectores o directores rurales se les prohíbe contratar con cargo a los recursos del Fondo de Servicios Educativos, 1. Otorgar donaciones y subsidios con cargo a los recursos del Fondo de Servicios Educativos. 2. Reconocer o financiar gastos inherentes a la administración de personal, tales como viáticos, pasajes, gastos de viaje, desplazamiento y demás, independientemente de la denominación que se le dé, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 11 de presente decreto. 3. Contratar servicios de aseo y vigilancia del establecimiento educativo.

En cuanto el régimen contractual en particular, los Fondos deben contratar los bienes y servicios anteriormente señalados, teniendo en cuenta que para la celebración de contratos a que haya lugar con recursos del Fondo de Servicios Educativos, debe realizarse con estricta sujeción a lo dispuesto en el estatuto contractual de la administración pública, cuando supere la cuantía de veinte (20) salarios mínimos

legales mensuales vigentes.

Si la cuantía es inferior a los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes se deben seguir los procedimientos establecidos en el reglamento expedido por el consejo directivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 715 de 2001, y en todo caso siguiendo los principios de transparencia, economía, publicidad, y responsabilidad, de conformidad con los postulados de la función administrativa.

Cuando un particular destine bienes o servicios para provecho directo de la comunidad educativa, debe realizarse un contrato entre este y el rector o director rural, previa autorización del consejo directivo, en el cual se señale la destinación del bien y la transferencia o no de la propiedad. Este contrato se regirá por las normas del Código Civil.

Si se adquieren obligaciones pecuniarias en virtud de tales contratos, estas deben ser de tal clase que se puedan cumplir dentro de las reglas propias de los gastos del fondo.

2.3 Contrato de las universidades e instituciones públicas de educación superior

La Constitución Política de 1991, estableció en su artículo 69 que las universidades gozarán de autonomía y que en garantía de la misma, estas podían regirse por sus propios reglamentos y establecer sus directivas. La autonomía universitaria, consagrada en la constitución nacional, es reconocida por la ley 30 de 1992 “por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior”, la cual establece que se *“reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y*

establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional”.

En virtud de esta autonomía, las instituciones públicas de educación superior podrán establecer su propio régimen de contratación, con observancia de los principios constitucionales que rigen la función pública.

Para analizar correctamente el régimen contractual de las universidades públicas, es pertinentes tener en cuenta dos situaciones: la primera cuando el ente universitario actúa como contratante y la segunda, cuando actúa como contratista del Estado.

Cuando las Universidades públicas actúan como contratantes, la ley en concordancia con la constitución como bien se dijo anteriormente, les otorgo autonomía para que regulen sus propios procesos. Esto es así, porque no podría el legislador regular la contratación de los entes universitarios en el estatuto general para todas las entidades del estado, debido a que esto violaría la autonomía universitaria.

La segunda hipótesis, se presenta cuando las universidades actúan como contratistas y en tal virtud estas están sujetas al régimen contractual de la entidad contratante. Así, si es una empresa privada con la que contratan estarán sometidas al régimen contractual del derecho priva, y si las universidades pretenden celebrar contratos con otras entidades públicas como contratistas, se debe tener presente las siguientes reglas introducidas por la Ley 1150 de 2007, que modificó la Ley 80 de 1993, y en especial al régimen al que deben someterse las universidades públicas, cuando quieran contratar con una entidad del Estado.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007, a las universidades públicas se le permitía celebrar cualquier tipo de contratos con las demás entidades del Estado en calidad de ejecutoras, mediante la modalidad de convenios inter-administrativos de manera directa, de esta manera era común que las universidades

resultaran ejecutando un contrato de obra mediante la celebración de este tipo de convenios. Por lo anterior, la ley 1150 de 2007, mediante el literal “c” del numeral 4º del artículo segundo, exceptuó de la celebración de convenios inter-administración como causal de contratación directa, a la universidades públicas con el objeto de los contratos sean de obra, fiducia pública y encargo fiduciario, para tales efectos, estas instituciones deberán participar en igualdad de condiciones con los particulares para los procesos de selección de licitación pública y selección abreviada.

Sin embargo, la modificación introducida por la Ley 1150 a la Ley 80 de 1993, dejó abierta la posibilidad para las Universidades e instituciones públicas de educación superior, de poder celebrar directamente, mediante convenios inter-administrativos, los contratos cuyo proceso de selección se el concurso de méritos para escoger consultores o proyectos, siempre y cuando, las obligaciones del contrato tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora; de esta manera, se exige que la universidades públicas cuentan con facultades que se relacionen con el objeto del contrato. Así mismo el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, reglamentó expresamente el objeto y procedencia de los contratos.

No obstante, debemos hacer precisión en que para la escogencia de los interventores la ley 80 de 1993, ha establecido que siempre que el contrato objeto de la interventoría se haya adjudicado mediante licitación pública, el interventor deberá escogerse por concurso de méritos.

2.4. Contratos del sistema de seguridad social en salud

Ante de tratar lo atinente a la regulación contractual estatal para la seguridad social en salud, es pertinente empezar por hacer una aproximación conceptual de aquello que comprende la seguridad social y en especial la de salud.²⁴⁵

²⁴⁵ SANDOVAL ESTUPIÑAN, Luz Inés. Contratación Estatal y Contratación en salud del Estado Colombiano. Club de Abogados, Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2009, Pág. 367 y ss.

La seguridad social, no es más que una herramienta de protección del Estado como colectividad contra determinadas necesidades sociales, como son la salud, las pensiones y la protección contra los riesgos a que están sometidos los ciudadanos en vida laboral.

En una primera aproximación a lo que seguridad social, el profesor Gerardo Arenas Monsalve, explica que “la seguridad social, es un instrumento de satisfacción de las necesidades sociales surgido de la capacidad de previsión del individuo y de la solidaridad como valor social, pero no es un mecanismo que pretenda reemplazar el esfuerzo individual en la búsqueda de la solución de estas necesidades”.

Para la satisfacción de las necesidades sociales la colectividad se ha valido de diverso instrumentos, de los cuales Señala el profesor ARENAS MONSALVE, que la satisfacción más precaria de las necesidades sociales es la que proporciona la asistencia, esto es, las medidas asistenciales o caritativas que suministran unos individuos a otros. La asistencia tiene una modalidad familiar y una privada y, llega hasta la noción de asistencia pública. Superando la asistencia, la satisfacción de necesidades sociales pasa por la previsión, lo que supone la capacidad del hombre de prever o ver anticipadamente las necesidades para encontrarles solución. El mecanismo de previsión individual por excelencia es el ahorro y los mecanismos de previsión colectiva son el mutualismo y el seguro privado”. De donde, siguiendo con las explicaciones del profesor ARENAS, surge el seguro social con una intervención directa del Estado y de cuyas imperfecciones surge la seguridad social “como el mejor elemento que se haya ideado para brindar soluciones a las necesidades sociales.

La seguridad social ha sido reconocida como un derecho a nivel internacional y nacional, y en consecuencia, nuestra Constitución Nacional de 1991 así lo ha previsto y en virtud de la cual en el año 1993 se introdujeron cambios en el sistema

general de seguridad social. A partir de la nueva regulación constitucional, se estableció como un derecho social, económico y cultural en el inciso segundo del artículo 48, Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, cuyas características principal es que se establece como un derecho de responsabilidad estatal (art. 49 C.N.), de rango constitucional, irrenunciable, de carácter general y por tanto exigible por todos los habitantes por los medios administrativos o judiciales.

La misma disposición constitucional, establece que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. La seguridad social al ser un servicio público, el Estado en virtud de del artículo 365 constitucional, Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”. Pero a diferencia de los demás servicios públicos, el de la seguridad social tiene dos características esenciales y diferenciales a los demás servicios públicos; la obligatoriedad y la irrenunciabilidad.

Para esos efectos, la Constitución señala expresamente en el primer inciso del artículo 48, que el servicio público a la seguridad social es de carácter obligatorio, para luego en el inciso segundo establecer su carácter de irrenunciable. El carácter obligatorio de la seguridad social, es para aquella parte de la población que la ley determine, con el fin de que la prestación del servicio sea efectiva y se alcancen las metas de cobertura propuestas por el gobierno para los respectivos periodos, garantizando al mismo tiempo la prestación de un servicio público que tiene la connotación de un Derecho.

Por su parte la irrenunciabilidad del servicio público de la seguridad social, se desprende por la consagración en la constitución como un derecho, y por tanto los ciudadanos no son libres de decidir si se acogen o no al sistema, toda vez que para

que el Estado pueda garantizar la prestación del servicio sea directamente o por intermedio del sector privado requiere que no exista voluntad de los ciudadanos en la vinculación; sin embargo, el Estado si debe garantizar en virtud de la obligatoriedad e irrenunciabilidad a la vinculación del sistema de seguridad social, la libertad de escogencia de la población a los diferentes entidades promotoras del sistema.

La Ley 100 de 1993, ha establecido la forma de participación de las personas al sistema general de seguridad social en salud; para el efecto, ha dispuesto *que “todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud que permite el sistema general de seguridad social en salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados”* (art. 157, Ley 100 de 1993).

De otro lado, el sistemas de seguridad social y en especial el de salud, el cual nos proponemos estudiar en este aparte, para su eficaz funcionamiento y garantizar que la prestación de servicios se cumpla con observancia de los principios establecidos en la constitución, es necesario los aportes dinerarios para tales fines teniendo en cuenta los distintos regímenes de prestación del servicio de seguridad social en salud, que provienen de las aportes que los particulares hacen para el régimen contributivo; y para el régimen subsidiado y vinculado de los aportes del Estado y de los aportes de los particulares afiliados al sistema que hacen en virtud del principio de solidaridad. De esta manera, el artículo 201 de la Ley 100 de 1993, establece que *“el sistema general de seguridad social en salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el fondo de solidaridad y garantías”*²⁴⁶.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los aportes que los particulares hacen para el

²⁴⁶ Artículo 201 de la Ley 100 de 1993.

sistema de seguridad social en salud, la Corte Constitucional ha establecido:

“Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, reúne los requisitos de una típica contribución parafiscal. Sin embargo, esta contribución corresponde al aporte de que trata el artículo 49 de la Carta, ya que se destina, precisamente, a financiar el servicio público de salud, con fundamento en los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad”

Por el contrario, para atender la demanda en la prestación de los servicios de seguridad social en salud para el régimen subsidiado, que se financia de los recursos destinados por el gobierno nacional a través del sistema general de participaciones, producto del acto legislativo 01 de 2001, desarrollado por la ley 715 de 2001, regulatorio del sistema general de participaciones dentro del cual se regula el gasto en salud; además de los aportes que en virtud del principio de solidaridad hacen los afiliados del régimen contributivo al subsidiado destinados al Fondo de Solidaridad y Garantía, (Fosyga). Es así, como para cada uno de los dos regímenes de afiliación al sistema hay una encontramos distinta forma de contratación, teniendo en cuenta que la contratación en salud del régimen subsidiado es la que mas relevancia cobra en este estudio por la cantidad de recursos públicos destinados para atender las necesidades en salud del régimen subsidiado y la carencia de medios eficaces de control sobre los contratos suscritos por los entes territoriales y el régimen jurídico

aplicable a los mismos.

2.4.1. La contratación del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud

Lo que debemos decir desde un principio, es que para la promoción, prestación y administración de los recursos del sistema general de salud del régimen contributivo no se suscribe contrato estatal alguno; es decir, no se compromete recursos públicos. Lo que se presenta aquí, no es más que la prestación de un servicio público a cargo del Estado pero prestado por empresas privadas, públicas o mixtas

No obstante lo anterior, es pertinente, a efectos de hacer un estudio integral de los contratos que se realizan con ocasión de la prestación del servicio público en salud, hacer referencia al régimen contributivo como forma de prestación del servicio, en sus aspectos más importante.

De conformidad con lo anterior, la Ley 100 de 1993, en su artículo 202, define el régimen contributivo como aquel “conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador”, y las personas que pertenecen a este régimen lo son de forma obligatoria y están definidas en el literal “a”, numeral primero del artículo 157 de la misma ley y corresponden a las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

Para la sostenibilidad del régimen, la ley ha dispuesto tres fuentes distintas de financiación; las provenientes de los aporte obligatorios de los afiliados al régimen contributivo, pero que cuyos aportes no ingresan a formar parte del patrimonio de la

EPS, sino que son transferidos al Fosyga y después compensados por este a todas las EPS que administran el régimen contributivo tal como lo explicaremos en aparte dedicado a las EPS de este mismo capítulo; igualmente, el sistema para el régimen contributivo es financiado de los pagos generados por las “*planes adicionales de salud*”, dispuestos en el artículo 169 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 806 de 1998, que estableció tres tipos de planes adicionales, los planes complementarios, los planes de medicina prepagada y las pólizas de salud, cuya responsabilidad es del afiliado y los recursos son propiedad de la EPS; y por último, los pagos moderados o cuotas moderadoras²⁴⁷.

Ahora bien, en cuanto a los aportes obligatorios de los afiliados al régimen contributivo existe una cuantía para la cotización, la cual fue fijada por la Ley 100 de 1993 en el artículo 204, pero que posteriormente fue modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 de la siguiente manera:

“La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de

²⁴⁷ Artículo 169 de la Ley 100 de 1993

2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%)”.

Para calcular el monto de la cotización, la Ley 100 de 1993, establece que la base para calcularlo será el salario mensual del trabajador que para el caso de los particulares será el que establece el código sustantivo del trabajo en los artículos 127 a 130, sobre el concepto de salario; para los servidores del sector público será el establecido por el gobierno teniendo en cuenta lo establecido en la ley 4 de 1992.

Así mismo, establece la norma que para calcular la cotización de aquellos trabajadores que devenguen salario integral, la base para calcular la cotización será el 70% de dicho salario. Subsiguientemente, se establece que el salario base para calcular el monto de la cotización no puede ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.

Para el caso de las personas independientes contratistas de prestación de servicios la Ley 1122 de 2007, establece que estos cotizarán al Sistema General de Seguridad Social en Salud el porcentaje obligatorio para salud sobre una base de la cotización máxima de un 40% del valor mensualizado del contrato, al tiempo que establece la posibilidad que el contratista autorice a la entidad contratante el descuento y pago de la cotización sin que por este hecho se genere relación laboral.

Para los aportes obligatorios al sistema la Ley 100 de 1993, estableció la obligación a los empleadores de pagar los aportes de los trabajadores a su servicio, para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno. Advirtiéndole que el empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al

trabajador. (Art. 22, Ley 100 de 1993).

En cuanto a la administración del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo, está esta encomendada a la EPS, las cuales son las encargadas de recibir las cotizaciones de los afiliados, pero como se dijo anteriormente, estos no ingresan directamente a formar parte del patrimonio de la respectiva entidad, sino que todos los aportes obligatorios al régimen contributivo forman parte del sistema general de seguridad social en salud, que específicamente los administra el Fosyga mediante la subcuenta de compensación interna del régimen contributivo con base en el valor establecido por Comisión de Regulación en Salud (CRES) para la unidad de pago por capitación UPC, como unidad de medida que garantiza la solidaridad del sistema.

Por último, a las EPS del régimen contributivo la Ley 100 de 1993, en los artículos 177 y 179, les establece por un lado que su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (se subraya), y subsecuentemente al determinar el campo de acción de las EPS, establece que para garantizar el plan de salud obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales. (Se Subraya), de donde se establece una relación directa con las Instituciones Prestadoras de salud IPS, la cual se da de dos formas:

La primera, cuando las EPS las prestan directamente y en consecuencia ellas serán propietarias de las IPS asistenciales para garantizar la prestación del Plan obligatorio de Salud de conformidad con la Ley. No obstante, para estos eventos la ley 100 de 1993, ha establecido que “cuando una institución prestadora de servicios de salud sea de propiedad de una entidad promotora de salud, la primera tendrá autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación que garantice un servicio más eficiente. Tal autonomía se establecerá de una manera

gradual y progresiva, en los términos en que lo establezca el reglamento.

Para el segundo evento; es decir, cuando la EPS preste el servicio indirectamente la Ley 100 de 1993, estableció en el numeral 4º del artículo 178, que las EPS deben *“definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia”*.

No obstante lo anterior, con el fin de evitar el monopolio y el abuso de la posición dominante en el prestación del servicio de salud, la reforma introducida a la Ley 100 de 1993, mediante la Ley 1122 de 2007, estableció en el artículo 15 que “Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud. Las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud”. La norma anterior, también garantiza que las EPS, ofrezcan a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud, prevista en el artículo 179 de la Ley 100 de 1993.

2.4.2. La contratación del régimen subsidiado de seguridad social en salud y de los contratos para la prestación del servicio

El régimen subsidiado de seguridad social en salud es definido por la Ley 100 de 1993, como un *“conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley”*, cuyo propósito es *“financiar la atención*

en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar”.

Las personas con Derecho a la afiliación al régimen subsidiado en concordancia con el literal “a” numeral 2 del artículo 157 de la ley 100 de 1993, serán *“las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el sistema general de seguridad social en salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago”*²⁴⁸.

No obstante, la Ley 1122 de 2007, ha definido nuevos criterios para pertenecer al régimen subsidiado de seguridad social en salud:

-Se beneficiarán con subsidio total o pleno en el Régimen Subsidiado, las personas pobres y vulnerables clasificadas en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo remplace, siempre y cuando no estén en el régimen contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción.

-Se promoverá la afiliación de las personas que pierdan la calidad de cotizantes o beneficiarios del régimen contributivo y que pertenezcan a los niveles I y II del Sisbén.

²⁴⁸ literal “a” numeral 2 del artículo 157 de la Ley 100 e 1993

-La ampliación de cobertura con subsidios parciales a nivel municipal se hará una vez se haya logrado una cobertura del 90% al régimen subsidiado de los niveles I y II del Sisbén y aplicará únicamente para personas clasificadas en el nivel III del Sisbén. Tendrán prioridad quienes hayan perdido su afiliación al régimen contributivo, de acuerdo con la reglamentación que establezca el Ministerio de la Protección Social.

-Los beneficiarios del nivel III del Sisbén que estén afiliados al Régimen Subsidiado mediante subsidios totales o parciales al momento de la entrada en vigencia de la presente ley y que hayan recibido su carné de régimen subsidiado de acuerdo a las reglas vigentes en el momento de la carnetización, mantendrán su condición siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos para ser beneficiarios.

-El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos e incentivos para promover que la población del nivel III del Sisbén pueda, mediante los aportes complementarios al subsidio parcial, afiliarse al régimen contributivo o recibir los beneficios plenos del régimen subsidiado. La UPC de los subsidios parciales no podrá ser inferior al 50% del valor de la UPC-S.

En cuanto a la financiación del régimen subsidiado la nueva regulación contenida en el artículo 11 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el artículo 214 de la ley 100 de 1993, estableciendo tres fuentes de financiación a saber:

-Recursos de los entes territoriales: Los entes territoriales participan con la financiación al régimen contributivo con cuatro fuentes diferentes:

Los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud SGP-S. Se destinarán previo concepto del Conpes, y en una forma progresiva al Régimen Subsidiado en Salud: En el año 2007 el 56%, en el año 2008 el 61% y a partir del año 2009 el 65%, porcentaje que no podrá ser superado. El porcentaje restante se destinará, de

acuerdo a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para financiar la atención de la población pobre no asegurada, las actividades no cubiertas por subsidio a la demanda y a las acciones en salud pública.

Sobre el SGP la ley 715 de 2001, establece en el artículo 4º que los recursos del SGP se distribuirán de la siguiente manera: “El monto total del Sistema General de Participaciones, una vez descontados los recursos a que se refiere el parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 715 y los parágrafos transitorios 2º y 3º del artículo 4o del Acto Legislativo 04 de 2007, se distribuirá entre las participaciones mencionadas en el artículo 3º de la Ley 715, así: 1. Un 58.5% corresponderá a la participación para educación. 2. Un 24.5% corresponderá a la participación para salud. 3. Un 5.4% corresponderá a la participación para agua potable y saneamiento básico. 4. Un 11.6% corresponderá a la participación de propósito general”.

Así mismo, la Ley 1122, ha dispuesto que *“los recursos del Sistema General de Participaciones en salud se destinarán a financiar los gastos de salud, en los siguientes componentes: 1. Financiación o cofinanciación de subsidios a la demanda, de manera progresiva hasta lograr y sostener la cobertura total. 2. Prestación del servicio de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda. 3. Acciones de salud pública, definidos como prioritarios para el país por el Ministerio de Salud.”*

“Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar y los recursos transferidos por ETESA a las entidades territoriales, que no estén asignados por ley a pensiones, funcionamiento e investigación. Los monopolios de juego suerte y azar se encuentran regulados por la Ley 643 de 2001”.

“Del monto total de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y el Distrito Capital, se destinará por lo menos el 25% a la financiación del régimen subsidiado o el porcentaje que a la entrada en vigencia de la presente ley estén

asignando, si este es mayor. Estos recursos se contabilizarán como esfuerzo propio territorial. Para los años 2007 y 2008 se mantendrá en pesos constantes el monto de los recursos de rentas cedidas asignados al régimen subsidiado en la vigencia 2006”.

“Otros recursos propios de las entidades territoriales que hoy destinan o que puedan destinar en el futuro a la financiación del régimen subsidiado”, los cuales deben estar garantizados permanentemente.

De los recurso del Fondo de Solidaridad y Garantía. (Fosyga): El Fondo de Seguridad y Garantía, fue creado mediante la Ley 100, “como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia”, que tendrá las siguientes subcuentas independientes: a) De compensación interna del régimen contributivo; b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) De promoción de la salud, y d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, según el artículo 167 de esta ley.

El artículo 220 de la Ley 100 de 1993, establece que la subcuenta de compensación interna del régimen contributivo, se financiará con los recursos de la compensación en el régimen contributivo provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las unidades de pago por capitación, UPC, que le serán reconocidos por el sistema a cada entidad promotora de salud. Así mismo, establece la norma que las entidades cuyos ingresos por cotización sean mayores que las unidades de pago por capitación reconocidas trasladarán estos recursos a la subcuenta de compensación, para financiar a las entidades en las que aquéllos sean menores que las últimas.

La subcuenta de Solidaridad del Fosyga, contará con los siguientes recursos:

a) Un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo, según lo dispuesto en el artículo 203. Esta cotización será girada por cada entidad promotora

de salud directamente a la subcuenta de solidaridad del fondo;

b) El monto que las cajas de compensación familiar, de conformidad con el artículo 217 de la ley 100, destinen a los subsidios de salud;

c) Un aporte del presupuesto nacional de la siguiente forma:

1. En los años 1994, 1995 y 1996 no deberán ser inferiores a los recursos generados por concepto de los literales a) y b).

d) Los rendimientos financieros generados por la inversión de los anteriores recursos;

e) Los rendimientos financieros de la inversión de los ingresos derivados de la enajenación de las acciones y participaciones de la Nación en las empresas públicas o mixtas que se destinen a este fin por el Conpes;

f) Los recursos provenientes del impuesto de remesas de utilidades de empresas petroleras correspondientes a la producción de la zona Cusiana y Cupiagua. Estos recursos se deducirán de la base de cálculo de los ingresos corrientes a que hace referencia la Ley 60 de 1993, y

g) Los recursos del IVA social destinados a los planes de ampliación de la cobertura de seguridad social a las madres comunitarias del ICBF de que trata la Ley 6ª de 1992”.

Los anteriores recursos por disposición de la misma ley 100, se destinarán a cofinanciar los subsidios para los colombianos más pobres y vulnerables, los cuales se transferirán, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto adopte el Gobierno Nacional, a la cuenta especial que deberá establecerse en los fondos seccionales, distritales y locales para el manejo de los subsidios en salud.

La subcuenta de promoción de la salud, es utilizada para la financiación de actividades de educación, información y fomento de la salud y de prevención secundaria y terciaria de la enfermedad, y para el efecto, “el consejo nacional de seguridad social en salud definirá el porcentaje del total de los recaudos por cotización de que trata el artículo 204 que se destinará a este fin, el cual no podrá ser superior a un punto de la cotización del régimen contributivo de que trata el artículo 204 de la presente ley. Estos recursos serán complementarios de las apropiaciones que haga el Ministerio de Salud para tal efecto. Estos recursos se podrán destinar al pago de las actividades que realicen las entidades promotoras de salud y que el consejo nacional de seguridad social en salud considere son las que mayor impacto tienen en la prevención de enfermedades. (Art. 222 Ley 100 de 1993) Para la financiación de la subcuenta de enfermedades catastróficas y accidentes de tránsito, el cubrimiento de las enfermedades catastróficas definidas en el artículo 166 de la ley 100 se financiará de la siguiente forma:

- a) Los recursos del Fonsat, creado por el Decreto-Ley 1032 de 1991, de conformidad con la presente ley;
- b) Una contribución equivalente al 50% del valor de la prima anual establecida para el seguro obligatorio de accidente de tránsito, que se cobrará en adición a ella, y
- c) Cuando se extinga el fondo de solidaridad y emergencia social de la Presidencia de la República, los aportes presupuestales de este fondo para las víctimas del terrorismo se trasladarán al fondo de solidaridad y garantía.

Pero aclara la norma que estos recursos serán complementarios a los recursos que para la atención hospitalaria de las urgencias destinen las entidades territoriales.

Por último, la Ley 100 crea un impuesto con destino al financiamiento de la subcuenta de solidaridad; el impuesto social a las armas y municiones, que empezará a regir a

partir del 1º de enero de 1996, y será pagado por quienes las porten en el territorio nacional, y que será cobrado con la expedición o renovación del respectivo permiso y por el término de éste. El recaudo de este impuesto se destinará al fondo de solidaridad previsto en el artículo 221 de esta ley. El impuesto tendrá un monto equivalente al 10% de un salario mínimo mensual. Igualmente, se crea el impuesto social a las municiones y explosivos, que se cobrará como un impuesto ad valorem con una tasa del 5%. El gobierno reglamentará los mecanismos de pago y el uso de estos recursos: el plan de beneficios, los beneficiarios y los procedimientos necesarios para su operación. De este impuesto quedan exceptuadas las armas de fuego y municiones y explosivos que posean las fuerzas armadas y de policía y las entidades de seguridad del Estado.

De los recursos de otras fuentes: La Ley 1127, establece como otras fuentes de financiación para el régimen subsidiado, los recursos que para tal efecto sean aportados por gremios, asociaciones y otras organizaciones; Los rendimientos financieros que produzcan las diferentes fuentes que financian el régimen subsidiado; El 15% de los recursos adicionales que a partir de 2007 reciban los municipios, distritos y departamentos como participación y transferencias por concepto de impuesto de rentas sobre la producción de las empresas de la industria petrolera causada en la zona de Cupiagua y Cusiana; Los recursos que aporten los afiliados que tienen derecho a subsidio parcial y que quieran optar al subsidio pleno o al POS del régimen contributivo.

Para empezar a tratar lo referente a la contratación con cargo a los recursos del sistema integral de seguridad social en salud del régimen subsidiado, hay que tener en cuenta que estos son contratos atípicos regulados por la Ley 100, que comportan un gran negocio y que permitió la creación de las empresas administradoras del régimen subsidiado, que de conformidad con la modificación de la ley 1122 de 2007, pasaron a ser Empresas Prestadoras de Salud del Régimen Subsidiado EPS-RS.

El tipo de vinculación que tienen estas empresas con las entidades territoriales, es de carácter contractual, de tal manera que los entes territoriales contratarán con las EPS del régimen subsidiado la administración de dichos recursos tal como fue previsto en el artículo 156 literal “o” de la Ley 100 de 1993: “Las entidades territoriales celebrarán convenios con las entidades promotoras de salud para la administración de la prestación de los servicios de salud propios del régimen subsidiado de que trata la presente ley. Se financiarán con cargo a los recursos destinados al sector salud en cada entidad territorial, bien se trate de recursos cedidos, participaciones o propios, o de los recursos previstos para el fondo de solidaridad y garantía. Corresponde a los particulares aportar en proporción a su capacidad socioeconómica en los términos y bajo las condiciones previstas en la presente ley.

En esencia el contrato que se suscribe entre los entes territoriales y las EPS-RS, es un contrato de administración de recursos del régimen subsidiado, en donde las EPS, se encargan principalmente de promover la afiliación del mayor número de ciudadanos que deban afiliarse al sistema, toda vez que del número de afiliados dependerá la celebración de los contratos de administración del régimen subsidiado en salud, de donde igualmente, se determinará el valor del respectivo contrato con la EPS. De ésta manera, es posible determinar el valor del contrato, el cual es determinable de conformidad con el valor de cada Unidad de Pago por Capitación UPC, que se fija por el gobierno para cada años, multiplicado por el número de cupos de cada EPS-RS.

Es así como “las entidades territoriales contratan con las EPS-RS la administración de los recursos del régimen subsidiado conforme al cupo autorizado por el gobierno nacional, tal como lo establecen el artículo 156 literal “o” de la ley 100 de 1993, que no fue modificado por la Ley 1122 del 2007”.

El proceso de selección de las EPS-RS, se encontraba regulado por los artículos 13, 14 y 15 del Decreto 2357 de 1995, que posteriormente fueron derogados por el

Decreto 574 de 2003, sin que esta última disposición se encargara de reglamentar nuevamente dicho proceso de selección. De tal manera, que el régimen jurídico aplicable a la selección de las EPS-RS, “se infiere que se encuentra supeditado a las reglas de libre comercio.

Dentro las obligaciones principales de las EPS, para la prestación del servicio de salud subsidiado de conformidad con lo establecido por el decreto 1804 de 1999 las siguientes:

“Artículo 4°. Obligaciones de las entidades administradoras del régimen subsidiado. Son obligaciones de las entidades administradoras del régimen subsidiado, las siguientes, conforme las disposiciones vigentes:

- 1. Promover la afiliación de la población beneficiaria del régimen subsidiado, garantizando la libre elección por parte del beneficiario.*
- 2. Afiliar a la población beneficiaria de subsidios y entregar el carné correspondiente que lo acredita como afiliado, en los términos fijados por las normas vigentes.*
- 3. Administrar el riesgo en salud de sus afiliados, como aseguradoras y administradoras que son, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsible de enfermedad o de eventos de enfermedad sin atención, evitando en todo caso la discriminación de personas con altos riesgos o enfermedades costosas.*
- 4. Informar al beneficiario sobre aquellos aspectos relacionados con el contenido del POS-S, procedimientos para la inscripción, redes de servicios con que cuenta, deberes y derechos dentro del SGSSS, así como el valor de las cuotas moderadoras y copagos que debe pagar.*
- 5. Organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan*

Obligatorio de Salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados con cargo a las Unidades de Pago por Capitación correspondientes. Con este propósito gestionarán y coordinarán la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con instituciones prestadoras de servicios y con profesionales de salud, implementarán sistemas de control de costos; informarán y educarán a los usuarios para el uso racional del sistema; establecerán procedimientos de garantía de calidad para la atención integral, eficiente y oportuna de los usuarios en las instituciones prestadoras de salud.

6. Asegurar los riesgos derivados de la atención de enfermedades de alto costo, calificadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social, de acuerdo con las condiciones señaladas en el presente decreto.

7. Suministrar oportunamente a las Direcciones de Salud la información relacionada con sus afiliados y verificar en el momento de la afiliación que estas personas se encuentran dentro de la población prioritaria para la asignación de subsidios, conforme los listados entregados por las entidades territoriales.

8. Establecer el sistema de administración financiera de los recursos provenientes del subsidio a la demanda.

9. Organizar estrategias destinadas a proteger la salud de sus beneficiarios que incluya las acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, tratamiento y rehabilitación dentro de los parámetros de calidad y eficiencia.

10. Informar a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de Salud, a las entidades territoriales y demás autoridades correspondientes las irregularidades que se presenten en la operación del régimen subsidiado, en especial aquellos aspectos relacionados con los procesos de identificación, afiliación, carnetización de los beneficiarios de subsidios y deficiencia en la red prestadora de servicios,

independientemente de las acciones internas que adelante para establecer las responsabilidades personales o institucionales y para la adopción de los correctivos correspondientes.

11. Cumplir con las disposiciones legales y las contenidas en el presente decreto”.

1.4.3 La contratación del régimen vinculado del sistema de seguridad social en salud

Para garantizar el acceso al derecho a la salud a todos los colombianos y de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en donde ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. Así mismo, ha expresado que el Derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura. Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la dignidad humana, (...) elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición.

La Corte Constitucional ha expresado que “toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona. La forma en que se garantiza su acceso al servicio de salud, depende de la manera en que la persona se encuentre vinculada al Sistema de Salud”.

En los anteriores términos, a todos los colombianos se nos debe garantizar la prestación del servicio de salud, de tal manera que en aquellos casos en donde la población carezca de los medios para acceder a ellos, es el estado quien debe garantizar tal Derecho considerado como fundamental y por tanto objeto de protección por las autoridades públicas. Es así como, la ley se ha encargado de regular aquellos casos en los cuales la población no cuenta con los medios para acceder al sistema general de seguridad social en salud. Consecuente con lo anterior, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, establece que los colombianos participaran del sistema general de seguridad social en salud, unos en condición de afiliados al régimen contributivo y subsidiado y los otros lo harán de manera temporal participando como vinculados al sistema. Para tales efectos, el literal “B” de la misma disposición ha establecido que *“los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”*.

Las personas que participan del régimen vinculado son los siguientes:

1. Población identificada en nivel 1, 2 y 3 SISBEN NO afiliada a una EPS-S
2. Afiliados a EPS-S para eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.
3. Población especial NO afiliada al Régimen Subsidiado: indígenas, indigentes, menores en protección, desmovilizados y/o reincorporados, inimputables, población desplazada y pueblo ROM (gitanos). De esta población hacen parte estos grupos sociales que por sus diversas condiciones culturales, jurídicas y económicas, ingresan al SGSSS por listado censal como población especial.

Bajo esta condición, la población especial pasa a ser población especial vinculada. Si al momento de demandar el servicio de salud que no aparece en las bases de datos del Régimen Subsidiado podrá ser atendida provisionalmente con el formato CARTA DE SALUD, expedida por la entidad que le corresponda, de acuerdo con su condición.

Por otro lado, a la población perteneciente al régimen vinculado se le otorga el derecho a gozar de acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad; diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad en sus diferentes niveles de complejidad; suministro de medicamentos; atención inicial en el servicio de urgencias, en cualquier lugar del país y al atención por enfermedades de alto costo.

2.4.4. La contratación de las empresas promotoras de salud - EPS como instituciones aseguradoras contratantes

La reforma constitucional de 1991 adoptó el modelo propio de una economía social de mercado e introdujo una serie de principios e instituciones para armonizar la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos, entre las cuales el de la libertad económica tiene un valor superior dentro del ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, el artículo 333 de la Constitución Política establece que *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.”* Y agrega que *“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”*.

De la anterior norma se puede inferir que la Constitución, al referirse a la actividad económica de manera general, está reconociendo y garantizando al individuo una multiplicidad de sectores dentro de los cuales puede desplegar su libre iniciativa en

orden a la satisfacción de sus necesidades, sin que se permita privilegiar unos sujetos, en detrimento de otros. Por ello, esta garantía constitucional se extiende por igual a empresas organizadas y a las que no lo están, a las personas naturales o jurídicas.

Así de esta manera, tenemos que el modelo económico y jurídico sobre el cual se estructuró el sistema de salud en Colombia fue denominado “pluralismo estructurado”, entendiendo que “el modelo de pluralismo estructurado aplicado en Colombia considera, en primer lugar, que el abordaje a los sistemas de salud no debe hacerse como una mera colección de instituciones, sino que debe hacerse como un conjunto de relaciones estructuradas entre dos componentes: la población y las instituciones. A su vez, los distintos grupos poblacionales presentan una serie de condiciones que constituyen las necesidades de salud, las cuales a su turno requieren una respuesta social organizada por parte de las instituciones.

En cada sistema, la respuesta se estructura a través de ciertas funciones básicas que las instituciones deben desempeñar a fin de satisfacer las necesidades de salud; dichas funciones son las de producción, o generación de recursos, la modulación de sistemas, el financiamiento, la articulación, la prestación del servicio, a partir de las funciones básicas de modulación financiamiento y articulación”.

Mediante el fomento de la libertad de empresa, la libertad de competencia, y la libre elección, en cuyo sistema el usuario tiene la potestad de elegir entre las distintas entidades encargadas del aseguramiento en salud y de aquellas encargadas de la prestación del servicio de salud. De donde cobra gran importancia la incorporación al sistema del sector privado asegurador en salud mediante las entidades promotoras de salud y las entidades prestadoras de servicios de salud; lo cual le da al sistema una especialización de dos sistemas: el primero encargado de la dirección y promoción del sistema y el segundo de prestación de los servicios de salud.

De conformidad con la establecido por la ley 100 de 1993, las Entidades Promotoras de Salud *“son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley”*.

Dentro de las funciones que la Ley 100 de 1993, señala para las EPS, tenemos, entre otras, que a estas le corresponde organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional; así mismo, las Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley, también les corresponde definir los procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y beneficiarios a las IPS con las que la respectiva EPS, haya establecido contratos y/o convenios. (Art. 178, Ley 100 de 1993).

De conformidad con las normas del sistema, los afiliados tienen el derecho de escoger a cual EPS desean afiliarse como la IPS que le prestará los servicios de salud, dentro de las opciones que ofrezca la respectiva EPS. Para el cumplimiento de sus obligaciones, las EPS, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 100, deberán garantizar a sus afiliados varias alternativas de Instituciones Prestadoras de Salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, pero a su vez las entidades promotoras de salud para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales. De esta manera surgen las Entidades Promotoras de Salud como empresas contratantes

La Ley 100 de 1993, estableció en el artículo 179 que las EPS, para garantizar el

Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales. De este artículo, fue demandada en acción de constitucionalidad, la expresión *“prestarán directamente”*, por considerar el accionante que *“las expresiones de las normas demandadas contradicen el mandato superior que establece como un deber a cargo del Estado intervenir para impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica y para evitar o controlar cualquier abuso que persona o empresa hagan de su posición dominante en el mercado, toda vez que las mismas facultan a las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S) para prestar servicios directamente, es decir por medio de sus propias Instituciones Prestadoras de Servicios (I.P.S). A su juicio, las normas acusadas dieron a las Entidades Promotoras de Salud, un lugar preeminente desde el cual pueden controlar íntegramente el mercado de los servicios de salud privilegiando a sus propias Instituciones Prestadoras de Salud, en menoscabo de aquellas otras que conservan su independencia”*.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional decidió declarar la exequibilidad de dicha expresión, argumentando que *“de conformidad con lo que sobre la materia se ha expresado en esta providencia, resulta claro que no solo no es contraria a la Constitución esa manera de disponer sobre la participación de entidades privadas en el ámbito del servicio público de la salud, sino que la garantía de la libre empresa impide que se obstaculice o prohíba a las EPS la prestación directa del servicio asistencial de salud, por medio de sus IPS, por cuanto ello forma parte de la libertad económica. En efecto, la libertad de empresa que reconoce el artículo 333 de la Constitución, tiene dos manifestaciones muy precisas en la vida social, como son la facultad de la persona de establecer su propia empresa u organización económica y la facultad de realizar una actividad económica, dentro de los límites del bien común. De ahí que, en el marco del modelo económico de la Constitución, las EPS dentro del ámbito de su libertad económica, puedan prestar directamente el servicio de asistencia médica, hospitalaria, quirúrgica y farmacéutica con sujeción a la ley”*.

Luego, con la expedición de la Ley 1122 de 2007, se estableció que *“las Empresas Promotoras de Salud (EPS) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud. Las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud”*. Disposición esta que limita el porcentaje de contratación de las EPS con sus propias IPS, situación que es conocida como la limitación a la integración vertical de las Empresas Promotoras de Salud.

La integración vertical, *“en el sector salud la definición de la integración vertical presenta dificultades por las especiales características de este mercado, y ha sido definida como la coordinación o unión de líneas de servicio dentro o a través de las etapas en los procesos de producción de atención en salud. Esto supone que la integración se relaciona con la circulación del paciente a través de las etapas de producción que son determinadas por episodio de salud. Entonces la integración vertical es una estructura de Gobierno diseñada para coordinar y controlar los servicios de atención que están en diferentes estados de la cadena de valor y que facilitan la colaboración y comunicación inter organizacional entre los oferentes de atención en salud que están involucrados en la prestación de servicios”*.

En el caso colombiano, debido a las especificidades en el diseño del régimen contributivo, el cual desintegra –separa- el aseguramiento –a cargo de las EPS- de la prestación del servicio –en cabeza de las IPS-, la integración vertical ha sido entendida en los siguientes términos: debido a que las EPS tienen la función principal de garantizar la prestación de los servicios del POS, como producto final a sus afiliados, se ha supuesto que esta firma se enfrenta a la decisión entre entregar directamente los servicios o llevarlos al usuario mediante ciertas transacciones en el mercado, esto es, se plantea que la EPS podría integrarse hacia adelante con la IPS y de este modo controlar directamente la atención a sus afiliados. La amplitud de la

integración entre EPS e IPS puede examinarse de dos maneras bien sea en término del rango de servicios o de actividades que hacen parte del POS y que son entregados de manera directa por las EPS, o en termino de la población que como una proporción del total de afiliados es servida de esta forma. Por su parte, el grado de integración vertical va a estar referido al porcentaje del gasto en servicios de salud que la EPS realiza a través de sus propias IPS. La forma de la integración se determina por la manera como la EPS establece control sobre la IPS.

Sobre la exequibilidad del artículo 15 de la referida Ley 1122 de 2007, la Corte Constitucional se pronunció declarando su exequibilidad condicionada en el entendido de que las limitaciones de contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS, no debe impedir que los afiliados y beneficiarios de una determinada EPS, escojan libremente recibir los servicios médicos prestados por las IPS propias de dicha EPS y que tales servicios le sean efectivamente suministrados. En todo caso, se atenderán los eventos de urgencia.

2.4.5. La contratación de las instituciones prestadoras del servicio de salud – IPS como contratantes

De conformidad con la prohibición establecida en el artículo 31 de la Ley 1122 de 2007, estableciendo *que “en ningún caso se podrán prestar servicios asistenciales de salud directamente por parte de los Entes Territoriales”*, los entes territoriales no pueden ser contratistas para prestar directamente los servicios de salud, toda vez que los entes territoriales no tienen las características de instituciones prestadoras de salud, razón por la cual su responsabilidad en la prestación de los servicios es contratar como parte contratante con las IPS la prestación de dichos servicios a la

población que lo requiera.

En los anteriores términos, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, conocidas como IPS, *“son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas”*. La función principal que cumplen las IPS, es prestar los servicios de salud en sus distintos niveles de atención según corresponda a los afiliados y beneficiarios lo cual les obliga a especializarse en un nivel específico de complejidad.

Así mismo, la atención inicial de urgencias el Estado colombiano la garantiza a través de cualquier IPS del país, y de conformidad con la Ley 100, debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa.

Por su parte, el párrafo primero de la Ley 1122 de 2007 establece:

Se garantiza a todos los colombianos la atención inicial de urgencias en cualquier IPS del país. Las EPS o las entidades territoriales responsables de la atención a la población pobre no cubierta por los subsidios a la demanda, no podrán negar la prestación y pago de servicios a las IPS que atiendan sus afiliados, cuando estén causados por este tipo de servicios, aún sin que medie contrato. El incumplimiento de esta disposición, será sancionado por la Superintendencia Nacional de Salud con multas, por una sola vez o sucesivas, hasta de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) por cada multa, y en caso de reincidencia podrá conllevar hasta la pérdida o cancelación del registro o certificado de la institución.

De esta manera, es como los entes territoriales mediante un contrato de prestación

de servicios de salud, adquiere con las IPS determinados servicios de salud en cuyo contrato se especifican el nivel de atención y los servicios médicos que incluye el respectivo contrato. Igualmente las IPS contratan de esta manera con las EPS. Lo importante es que las EPS y los entes territoriales dispongan de diferentes IPS para la prestación de los servicios de salud de tal manera que se garantice este derecho los afiliados, en los casos en que la IPS escogida por un afiliado no preste determinado servicio, la EPS o el ente territorial respectivo pueda remitir a otra IPS para asegurar la prestación del servicio.

2.4.6. La contratación de las empresas sociales estatales – ESE-

Las Empresas Sociales del Estado, son entidades públicas del nivel descentralizado, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que se encuentran sometidas al régimen jurídico establecido por la Ley, por medio de las cuales el Estado presta los servicios de salud.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se estableció que *“la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso”*.

En síntesis las ESE, constituyen una modalidad especial de IPS cuando la prestación de los servicios de salud lo hace directamente el Estado. Así quedó establecido en el parágrafo 2º del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, al establecer que *“las Instituciones Prestadoras de Salud públicas que en el momento vienen funcionando y tienen contratación vigente podrán continuar su ejecución, y dispondrán de un año a partir de la fecha de la vigencia de la presente ley para transformarse en Empresas*

Sociales del Estado o afiliarse a una”.

El régimen jurídico por el cual se rigen las Empresas Sociales del Estado, es el establecido en la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007, “en forma especial se rigen por el derecho privado y por lo que se establezca en su propio Manual de Contratación que debe ser adoptado por la Junta Directiva como organismo máximo de la empresa, como se prevé en la ley, ordenanza o acuerdo que las crea o transforma en Empresas Sociales del Estado, de conformidad con lo señalado en el numeral 6) del artículo 195 de la Ley 100 de 1993”.

Por su parte, la ley 489 de 1998, establece en el artículo 38 la integración de la rama ejecutiva del poder público incluye a las empresas sociales del Estado y señala que las aludidas entidades descentralizadas son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud, en forma directa. El artículo 83, de esta ley dispone que "las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen”, en materia contractual se regirán por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

Conforme a lo anterior, tenemos que el régimen jurídico aplicable a los contratos de la ESE, es el contenido en las normas de derecho privado y excepcionalmente se aplica las cláusulas excepcionales contenidas en la Ley 80 de 1993 para los contratos estatales. Es excepcional la aplicación de tales cláusulas por disposición de la Ley 100. Sobre el régimen de contractual de las Empresas sociales del Estado, el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil, ha precisado lo siguiente:

“por voluntad del legislador, ni los principios de la contratación estatal, ni normas distintas a las que regulan las cláusulas exorbitantes, deben aplicarse obligatoriamente por las empresas sociales del Estado. Es forzoso concluir entonces, que el régimen de contratación de estas empresas es de derecho privado, con aplicación excepcional de las cláusulas mencionadas. Sin embargo, estima pertinente aclarar que cuando tales empresas, hipotéticamente tuvieran que celebrar los contratos a que se refiere el artículo 32 de la ley 80, no es pertinente dar aplicación a disposiciones distintas a las de derecho privado. Con todo, que el estatuto contractual no se aplique sino en punto a las cláusulas excepcionales, conforme al numeral 6° del artículo 195 de la ley 100, no significa que los administradores y encargados de la contratación en las empresas en cuestión, puedan hacer caso omiso de los preceptos de los artículo 209 de la Constitución, 2° y el C.P.A.C.A. Este último precepto (artículo 209 C.P.), regula el alcance y contenido de cada uno de los principios mencionados; a estos y a las demás disposiciones deberán los administradores de las empresas sociales del Estado ajustar su actividad contractual. En igual forma y en desarrollo de los mismos preceptos, los principios universales - asociados al interés general -, contenidos en la ley 80 de 1993 y relacionados con los fines de la contratación estatal, con los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas, la capacidad, así no estuvieran vertidos en mandatos legales, deben presidir la contratación en las empresas mencionadas, pues son postulados que tocan con la moralidad, la continuidad y prestación eficiente de los servicios públicos, y con la garantía de los derechos de los administrados-usuarios. Del mismo modo, la responsabilidad de los administradores de las empresas sociales del Estado, se regirá directamente por las previsiones del artículo 90 de la Constitución, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50 de la ley 80, que recoge parcialmente los alcances del precepto constitucional”.

“Si bien los contratos están sometidos al derecho privado por disposición legal, la facultad discrecional de pactar las cláusulas exorbitantes dota, a los administradores

de las Empresas Sociales del Estado, de herramientas especiales para garantizar determinados fines, obviamente dentro de la órbita del interés general que mueve a la administración al contratar. En efecto, la interpretación, la modificación y la terminación unilaterales, así como la caducidad del contrato, permiten al contratante estatal hacer derivar efectos precisos al contrato, en procura de la protección de los intereses públicos. Es una rica gama de potestades especiales, que tienen por virtud sustraer del régimen común de la contratación entre particulares a los contratos celebrados por las empresas sociales del Estado y le permiten un manejo adecuado de las circunstancias en que se desenvuelve la ejecución de los mismos. Ahora bien, que no sea aplicable la ley 80 sino en las condiciones anotadas, no implica que sus representantes o quienes tengan las funciones de adelantar los procedimientos de contratación, puedan abstenerse de realizar los estudios y evaluaciones necesarios y de tomar todas las medidas indispensables para asegurar los intereses del Estado, los que siempre están presentes en la actividad de los entes públicos, por el sólo hecho de tener ellos ésta naturaleza, indisolublemente asociada al interés general, máxime cuando de por medio está la prestación directa de los servicios públicos de salud por la Nación y las entidades territoriales. Lo anterior significa que el régimen de contratación de derecho privado no restringe el alcance del principio de prevalencia del interés general - que hace parte de aquellos que dan fundamento filosófico y político a la República -, ni el de los fines del Estado, como tampoco del principio de responsabilidad por omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones por parte de los agentes de la administración contratante. Si no se estipulan cláusulas exorbitantes, procede la aplicación de las normas de derecho privado, contenidas en los códigos civil y comercial, o de las contenidas en disposición²⁴⁹”.

3. Responsabilidad civil e instituciones reguladoras de las empresas prestatarias de los servicios y el deber de prevenir y sancionar conductas generadoras del daño patrimonial contractual

²⁴⁹ Cfr. Corte Constitucional en Sentencia T-492 agosto 12/92 M .P. José Gregorio Hernández Galindo

Al participar los particulares en la prestación servicio público de la salud, consecuentemente al Estado le surge el deber de vigilancia en la prestación de este servicio; de tal modo que su intervención permita regular, como forma de intervención de Estado en la economía, la forma a través de la cual se hace efectivo este derecho fundamental a todos lo habitantes del territorio. Es de esta manera, como el Estado tiene la facultad de regular la participación de los particulares en la prestación de los servicios ofrecidos a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El Estado tiene una amplia facultad de intervención económica en el sistema de salud y, en consecuencia, la libertad de empresa de los particulares en este campo puede tener mayores restricciones que las que son admisibles en otros sectores de la economía. Sin embargo, toda intervención debe ser razonable y proporcionada y tener fundamento legal. En tal sentido, la Corte ha indicado que la libertad económica (de empresa y contractual) de los particulares en este campo puede ser limitada siempre que se reúnan las siguientes condiciones: *(i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer al desarrollo de principios constitucionales específicos del ámbito de la salud como la solidaridad, la universalidad y la eficiencia en la prestación del servicio; y (v) debe respetar el principio de proporcionalidad de forma tal que no sólo la finalidad sea legítima sino que el medio adoptado para alcanzarla sea razonablemente idóneo y no tenga un costo constitucional desproporcionado.*

Por su parte, el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, sobre el particular dispone que *“El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370, 366, 367, 368, 369 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:*

a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta Ley.

b) Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia;

c) Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud;

d) Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país;

e) Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la Ley;

f) Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad;

g) Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes;

h) Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social.

PARÁGRAFO. *Todas las competencias atribuidas por la presente Ley al Presidente de la República y al gobierno nacional, se entenderán asignadas en desarrollo del*

*mandato de intervención estatal de que trata este artículo*²⁵⁰.

Esta intervención como en las demás que realiza para diversos sectores de la Economía, la hace por intermedio de las instituciones que el legislador ha creado para tal fin, por iniciativa del gobierno. En ese orden de ideas, veamos cada una de las instituciones reguladoras del SGSSS.

3.1. Ministerio de salud y de la protección social

El Ministerio de la Protección Social fue creado mediante la Ley 790 de 2002, que ordenó fusionar el Ministerio de Salud con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyas funciones serán las mismas establecidas para los dos ministerios fusionadas. Así mismo, los objetivos, la estructura orgánica y las funciones del Ministerio de la Protección Social, fueron adoptados mediante el Decreto 205 de 2003, que posteriormente fue modificado por el Decreto 1293 de 2009 *“Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de la Protección Social”*. Actualmente, la Ley 1444 del 4 de mayo de 2011 escindió el Ministerio de la Protección Social, y creó el Ministerio de Salud y Protección Social como agente del Gobierno para liderar la política de Salud, sanidad, el sistema de seguridad social en salud etc. y creó igualmente el Ministerio del Trabajo.

El Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con la normatividad menciona, además de las otras señaladas por la Ley cumple las siguientes funciones en lo atinente al SGSSS:

“El Ministerio de la Protección Social tendrá como objetivos primordiales la formulación, adopción, dirección, coordinación, ejecución, control y seguimiento del Sistema de la Protección Social, establecido en la Ley 789

²⁵⁰ artículo 154 de la Ley 100 de 1993

de 2002, dentro de las directrices generales de la ley, los planes de desarrollo y los lineamientos del Gobierno Nacional”.

El Ministerio de Salud, es entonces el encargado de dirigir, orientar la planeación de los objetivos del ministerio, como también el encargado de formular y velar por la ejecución de las políticas, planes y programas relacionados con la misión, objetivos y políticas del Ministerio, dentro de las que se encuentran aquellas para el correcto funcionamiento SGSSS. A partir del cumplimiento de esta función surge el plan de gestión integral para el desarrollo operativo y funcional del Plan Nacional de Salud Pública, el cual busca fortalecer las competencias para liderar, planear, ejecutar y evaluar las políticas y sus estrategias. La gestión es el eje central de integración, coordinación y articulación de las competencias, responsabilidades y funciones en salud pública de los actores en el ámbito nacional, territorial e institucional, público, privado y comunitario.

Esta línea de política permite promover el liderazgo de las entidades territoriales de salud y los demás actores institucionales para fortalecer la capacidad de la autoridad de salud territorial en el desempeño de las competencias de salud, permite generar escenarios para apoyar el ejercicio de rectoría y gobernabilidad del sector, para mejorar la capacidad de coordinación, regulación, planificación, conducción, vigilancia, evaluación y comunicación de los riesgos en salud y de los resultados y efectos de las políticas de promoción de la salud y la calidad de vida, prevención de los riesgos y recuperación de la salud.

La gestión integral se apoya en un conjunto de procesos, estrategias, procedimientos, intervenciones, actividades, herramientas, instrumentos, capacidades y habilidades gerenciales, técnicas, operativas, logísticas, de información y comunicación enmarcadas en los principios de calidad. Articula procesos de planeación, seguimiento y evaluación de las competencias de salud pública individuales y colectivas y los mecanismos de control de la gestión con

calidad, y el seguimiento para el logro de las metas definidas en el Plan Nacional de Salud Pública.

Además, fomenta la comunicación en salud, como estrategia que permite corregir las asimetrías en el manejo social del riesgo, generar redes de protección social, lograr equidad y aumentar la calidad de vida en la población Colombiana”.

3.2. El Consejo nacional de seguridad social en salud.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, fue creado por disposición del artículo 171 de la Ley 100 de 1993, adscrito al Ministerio de Salud, hoy Ministerio de la Protección Social como organismo de dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud; así mismo, es el organismo de concertación entre los diferentes integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Sus decisiones serán obligatorias, podrán ser revisadas periódicamente por el mismo Consejo, (Art. 156, Lit. “m”. L. 100/93).

Funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud:

- Definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado, de acuerdo con los criterios del capítulo tercero del primer título de este libro.

- Definir el monto de la cotización de los afiliados del Sistema, dentro de los límites previstos en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993.

- Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación según lo dispuesto en el artículo 182 de la Ley 100 de 1993.

- Definir el valor por beneficiario del régimen de subsidios en salud.

-Definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del Plan Obligatorio de Salud.

-Definir los criterios generales de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de salud por parte de las entidades territoriales, dando la debida prioridad a los grupos pobres y vulnerables.

-Definir el régimen de pagos compartidos de que tratan el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la Ley 100 de 1993.

-Definir el régimen que deberán aplicar las entidades promotoras de salud para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general y de las licencias de maternidad a los afiliados según las normas del régimen contributivo.

-Definir las medidas necesarias para evitar la selección adversa de usuarios por parte de las entidades promotoras de salud y una distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo.

-Recomendar el régimen y los criterios que debe adoptar el Gobierno Nacional para establecer las tarifas de los servicios prestados por las entidades hospitalarias en los casos de riesgos catastróficos, accidentes de tránsito y atención inicial de urgencias.

Reglamentar los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud.

-Ejercer las funciones de Consejo de Administración del Fondo de Solidaridad y Garantía.

-Presentar ante las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara, un informe

anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
Adoptar su propio reglamento.

-Las demás que le sean asignadas por Ley o que sean necesarias para el adecuado funcionamiento del Consejo.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, se encuentra conformada por los siguientes representantes:

Ministerio de la Protección Social - Presidente CNSSS; Secretaría Técnica CNSSS; Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Seguro Social; Asociación Nacional de Industriales (ANDI); Asociación Colombiana de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (Acopi); Representante de los Trabajadores; Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud; Asociación de Usuarios del Servicio de Salud del Sector Rural Dusakawi; Representantes de las Entidades Municipales de Salud; Representantes de Entidades Promotoras de Salud EPS; Confederación de Pensionados; Representante de Direcciones Seccionales de Salud; Representante de Profesionales de Salud;

Además de las personas que integran el CNSSS, existe un órgano asesor permanente integrado por la Academia Nacional de Medicina; Facultad de Salud Pública Universidad de Antioquia; Federación Médica Colombiana; Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas; Asociación Colombiana de Facultades de Medicina.

Con la expedición de la Ley 1122 de 2007, el CNSSS, cambia su naturaleza, toda vez que esta norma en su artículo tercero establece que se le dará al actual Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud un carácter de asesor y consultor del Ministerio de la Protección Social y de la Comisión de Regulación en Salud.

3.3. Comisión de regulación de salud

La Comisión de Regulación en Salud CRES, fue creada recientemente por la Ley 1122 de 2007, como una unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social. Se encuentra integrada por el Ministro de la Protección Social quien la preside y el Ministro de Hacienda y Crédito Público y cinco (5) Comisionados Expertos, nombrados mediante el Decreto 1429 del 23 de abril de 2009 designados por el Presidente de la República.

Las funciones de la CRES, se encuentran descritas en el artículo 7º de la Ley 1122 de 2007 y son las siguientes:

1. Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados según las normas de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.
2. Definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios.
3. Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen, de acuerdo con la presente ley. Si a 31 de diciembre de cada año la Comisión no ha aprobado un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementará automáticamente en la inflación causada.
4. Definir el valor por beneficiario de los subsidios parciales en salud, sus beneficios y los mecanismos para hacer efectivo el subsidio.
5. Definir los criterios para establecer los pagos moderadores de que trata el numeral

3 del artículo 164 y los artículos 164 y 187 de la Ley 100 de 1993.

6. Definir el régimen que deberán aplicar las EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad, según las normas del Régimen Contributivo.

7. Establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas que será revisado cada año, incluyendo los honorarios profesionales. En caso de no revisarse el mismo, será indexado con la inflación causada.

8. Presentar ante las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara, un informe anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las recomendaciones para mejorarlo.

9. Recomendar proyectos de ley o de decretos reglamentarios cuando a su juicio sean requeridos en el ámbito de la salud.

10. Adoptar su propio reglamento.

11. Las demás que le sean asignadas por ley.

El valor de pagos compartidos y de la UPC serán revisados por lo menos una vez por año, antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal, y el nuevo valor se determinará con fundamento en estudios técnicos previos.

En casos excepcionales, motivados por situaciones de emergencia sanitaria que puedan afectar la salubridad pública, el Ministerio de la Protección Social asumirá temporalmente las funciones de la Comisión de Regulación en Salud.

Las decisiones de la Comisión de Regulación en Salud referidas al régimen contributivo deberán consultar el equilibrio financiero del sistema, de acuerdo con las proyecciones de sostenibilidad de mediano y largo plazo, y las referidas al régimen subsidiado, en cualquier caso serán compatibles con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

3.4. La Superintendencia nacional de salud

La superintendencia Nacional de Salud, inicialmente aparece en el 1977 con el Decreto-Ley 1650 como la Superintendencia de Seguros de Salud, encargada de ejercer el control y vigilancia a la administración en la prestación de los servicios del seguro social. Luego con la expedición de la Ley 15 de 1989, se le cambia la denominación y pasa a ser Superintendencia Nacional de Salud, cuya misión sería entonces ejercer control, inspección y vigilancia sobre las actividades que conciernen a la prestación de los Servicios de Salud en los Seguros Sociales Obligatorios, asistencia pública, atención médica a cargo de entidades creadas o sostenidas por el Estado y liquidación, recaudo y transferencia de los recursos fiscales que se apliquen a tales actividades. (Art. 4).

Posteriormente con el Decreto 1472 de 1990, se reorganiza la Superintendencia Nacional de Salud, como organismo adscrito al Ministerio de Salud, sin personería jurídica, con la autonomía administrativa y financiera. Con la expedición de la Constitución de 1991, y en virtud de la facultad otorgada por el artículo transitorio 20, mediante el Decreto 2165 de 1992, se reestructura la Superintendencia Nacional de Salud estableciendo como objetivos de la entidad la de ser autoridad técnica de inspección, vigilancia y control en relación con la siguientes materias: a) el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias a que están sujetas las entidades que prestan servicios de salud, las que prestan servicios de medicina

Prepagada y las Cajas de Compensación Familiar; b) la eficiencia en la aplicación, en la obtención y aplicación de los recursos de las entidades del Subsector Oficial del Sector Salud; y, c) la liquidación, recaudo, giro, cobro y utilización de los recursos fiscales y demás arbitrios rentísticos, cualquiera que sea su origen, con destino a la prestación de los servicios de salud.

Cuando se Expide la Ley 100 de 1993, la norma correspondiente (art. 233), modifica las normas del Decreto 2165 de 1992 respecto de las funciones de la superintendencia, señalando que le corresponde además funciones como las siguientes: inspeccionar y vigilar a las entidades promotoras de salud; resolver las diferencias que surjan en materia de preexistencias en el sector; fijar reglas contables para las instituciones hospitalarias, etc. La entidad quedó expresamente facultada para imponer multas a entidades y administradores; emitir ordenes de suspensión de prácticas ilegales; practicar visitas de inspección a las entidades vigiladas, etc.”.

Con la expedición de la Ley 1122 de 2007, crea el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual, estará en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, sus objetivos se amplían dándole un nuevo enfoque a la función de inspección, vigilancia y control de la siguiente manera:

- Fijar las políticas de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- Vigilar el cumplimiento de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud y promover el mejoramiento integral del mismo.

- Supervisar la calidad de la atención de la salud y control del aseguramiento, la afiliación, la calidad de la prestación de los servicios y la protección de los

usuarios;

Velar por la eficiencia en la generación, recaudo, flujo, administración, custodia y aplicación de los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud.

-Exigir la observancia de los principios y fundamentos del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud.

-Proteger los derechos de los usuarios, en especial, su derecho al aseguramiento y al acceso al servicio de atención en salud, individual y colectiva, en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad en las fases de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud.

-Velar porque la prestación de los servicios de salud se realice sin ningún tipo de presión o condicionamiento frente a los profesionales de la medicina y las instituciones prestadoras de salud.

-Evitar que se produzca el abuso de la posición dominante dentro de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

-Promover la participación ciudadana y establecer mecanismos de rendición de cuentas a la comunidad, que deberá efectuarse por lo menos una vez al año, por parte de los actores del Sistema.

Igualmente amplía el campo de inspección, vigilancia y control a los Regímenes exceptuado y Especiales y se le agregan las funciones de Conciliación y Jurisdiccionales. De esta manera, en lo que tiene que ver con las funciones de conciliación, la Ley 1122 de 2007, establece que “la Superintendencia Nacional de Salud podrá actuar como conciliadora, de oficio o a petición de parte, en los conflictos

que surjan entre sus vigilados y/o entre estos y los usuarios generados en problemas que no les permitan atender sus obligaciones dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, afectando el acceso efectivo de los usuarios al servicio de salud. Los acuerdos conciliatorios tendrán efecto de cosa juzgada y el acta que la contenga, donde debe especificarse con toda claridad las obligaciones a cargo de cada una de ellas, prestará mérito ejecutivo” y que para el efecto, “en el trámite de los asuntos sometidos a conciliación, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará las normas generales de la conciliación previstas en la Ley 640 de 2001.

De otro lado, en cuanto a las funciones jurisdiccionales el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece:

Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:

- a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;
- b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;

c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Pero al mismo tiempo, la disposición aclara que *“la Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte”* y que tampoco le es permitido *“ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal”*; para el efecto, la Superintendencia deberá someterse a lo previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.

3.5 Las secretarías de salud de los entes territoriales

La Ley 100 de 1993, establece que *“corresponde a los departamentos, distritos y municipios, funciones de dirección y organización de los servicios de salud para garantizar la salud pública y la oferta de servicios de salud por instituciones públicas, por contratación de servicios o por el otorgamiento de subsidios a la demanda”*.

Los entes territoriales igualmente quedan facultados para un Consejo Territorial de Seguridad Social en Salud que asesore a las Direcciones de Salud de la respectiva jurisdicción, en la formulación de los planes, estrategias, programas y proyectos de salud y en la orientación de los sistemas Territoriales de Seguridad Social en Salud, que desarrollen las políticas definidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Por otro lado, la Ley 715 de 2001, en su artículo 43, le establece a los departamentos las funciones en salud, desde cuatro puntos distintos a saber: Funciones en cuanto a la dirección del sector salud en el ámbito departamental; funciones para la prestación de servicios de salud; funciones de Salud Pública y de Aseguramiento de la Población al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por su parte a los Municipios, le asignas tres tipos de funciones a saber: funciones de dirección del sector en el ámbito municipal; de aseguramiento de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud y de Salud Pública. Para los Distritos, dispuso que tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos, excepto aquellas que correspondan a la función de intermediación entre los municipios y la Nación.

4. Responsabilidad civil el daño patrimonial en la prestación de los servicios de salud y los distintos niveles de complejidad para la atención médico-quirúrgica

Los niveles de complejidad antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, eran conocidos como niveles de atención y se establecieron con el fin de determinar la responsabilidad de los entes territoriales en la prestación del servicio de salud. Actualmente, los niveles de complejidad luego de la expedición de la Ley 100 de 1993, se encuentran reglamentado por la resolución 5261 de 1994, *“Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, del Ministerio de Salud, Actual Ministerio de la Protección Social, que en sus artículos 20 y 21 dispone lo siguiente:

ARTICULO 20. RESPONSABILIDADES POR NIVELES DE COMPLEJIDAD. Para efectos de definir la responsabilidad del personal de salud en los diferentes niveles

de complejidad se establece:

NIVEL I: Médico general y/o personal auxiliar y/o paramédico y/o de otros profesionales de la salud no especializados.

NIVEL II: Médico general y/o profesional paramédico con interconsulta, remisión y/o asesoría de personal o recursos especializados.

NIVEL III y IV: Médico especialista con la participación del medico general y/o profesional paramédico

ARTICULO 21. CLASIFICACION POR NIVELES DE COMPLEJIDAD PARA LA ATENCION MEDICO QUIRURGICA. Para efectos de clasificación de los procedimientos quirúrgicos, se establece la siguiente discriminación como parte del presente Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos, así:

NIVEL I: Tiene médico general, odontólogo, enfermera. Son de ubicación rural y local y cubre cirugías GRUPOS 01, 02, 03.

NIVEL II: Además de lo anterior, posee las cuatro especialidades básicas; medicina interna, ortopedia, pediatría y gineco-obstetricia. Son de ubicación regional y local. Cubre cirugías GRUPOS 04, 05, 06, 07, 08.

NIVEL III: además de lo anterior posee el resto de las especialidades y subespecialidades. Son de ubicación regional y más general. Cubre cirugías de GRUPOS 09 y siguientes.

NIVEL IV: Se establece de acuerdo al procedimiento practicado en las patologías CATASTROFICAS descritas anteriormente”.

5. La responsabilidad civil por incumplimiento e inobservancia del manual de actividades y procedimientos del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud– MAPIPOS de salud

La resolución 5261 de 1994, Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, establece los manuales de Actividades, Intervenciones y Procedimientos con el fin de que sea utilizado en el Sistema de Seguridad Social en Salud, para garantizar, el acceso a los contenidos específicos del Plan Obligatorio de Salud, la calidad de los servicios y el uso racional de los mismos; mediante el cual se busca unificar el plan de atenciones en todas las instituciones del país de conformidad con los niveles de complejidad para la atención en salud antes descritos.

En dicho procedimiento queda consignado entonces, el manual de actividades, intervenciones y procedimientos; la definiciones y contenidos de las actividades, intervenciones y procedimientos contemplados en el plan obligatorio de salud; los servicios con internación estancias, servicios profesionales, derechos de sala, materiales, suministros y equipos; los servicios profesionales, derechos de sala, materiales suministros, equipos y rehabilitación integral; las actividades y procedimientos medico-quirúrgicos, así como sus nomenclatura y clasificación; las actividades, intervenciones y procedimientos de diagnostico y tratamiento nomenclatura y clasificación. Así mismo, en ella se establece el desarrollo plan obligatorio de salud, pos, por cada nivel de complejidad.

6. La responsabilidad civil en el régimen especial de contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, *“son los servicios públicos*

domiciliarios, entendidos como una especie del género servicio público, que pretende satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, ocupando un alto nivel de importancia dentro de las tareas y objetivos que componen la gestión estatal, al punto de convertirse en una de sus razones fundamentales. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.”. En estos términos, para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en Colombia se pueden presentar las siguientes modalidades o formas de organizarse para la prestación de los servicios públicos: empresas de servicios públicos de propiedad del Estado o de los entes territoriales; empresas de servicios públicos mixtas; empresas de servicios públicos privadas; empresas industriales y comerciales del Estado; los entes territoriales por gestión directa y las comunidades organizadas y operadores marginados privados y públicos.

En cuanto al régimen aplicable a toso los operadores de los servicios públicos domiciliarios, la regulación es idéntica para todos los operados sin importar la forma en las cuales se encuentran constituidos para tal fin; de tal forma que frente a los usuarios todas deben asumir un mismo rol, en donde los usuarios tienen las mismas prerrogativas de conformidad con lo regulado para el asunto por la ley.

De esta manera, las normas relativas al régimen de los servicios esto es: las condiciones de su prestación, la responsabilidad por falla del servicio, la sujeción a la dirección, regulación, control y vigilancia por parte del Estado, el régimen aplicable a las redes y bienes afectados al servicio público, el régimen tarifario, el de subsidios y contribuciones, así como el aplicable a los usuarios de los servicios públicos es común para todos los proveedores con independencia de su naturaleza jurídica.

Todos los operadores están obligados a prestar servicios de calidad y someterse a las condiciones técnicas de los servicios, así todos están obligados a celebrar contratos de condiciones uniformes con sus usuarios y a sujetarse al sistema de

regulación y control que determina la ley; en este sentido el régimen es igual y no podría la regulación o la policía administrativa imponer cargas a unos operadores que no deben ser soportados por los demás.

Por otro lado, en cuanto a la naturaleza jurídica de los actos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, para nuestro estudio es preciso distinguir de esos actos tres aspectos fundamentales, como son el procedimiento que siguen las ESP para la formación de dichos, si estos a su vez se consideran públicos o si tienen naturaleza de actos privados y por último, la jurisdicción competente para conocer de las controversias que se generen por causa de estos actos.

Así mismo, dentro de los actos que realizan las ESP, deben distinguirse aquellos que se realizan para el desarrollo del objeto de la respectiva empresa los cuales se encuentran sometidos a las reglas del derecho privado en el marco de una economía de mercado regida por las reglas de la libertad de empresa y la libre competencia; es decir sobre estos aspectos, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios compiten entre ellas en la prestación de los servicios, sus actos están sometidos al derecho privado y por tanto la información sobre la producción, explotación, uso y adquisición de nuevas tecnologías para la prestación del servicio esta sometida igualmente al Derecho privado y en ocasiones puede ser de uso confidencial y reservado en donde sólo las entidades reguladoras pueden tener acceso a ella. Que de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, al aplicarse el Derecho privado, tendríamos que estos se someten a las reglas previstas en los artículos 61, 62, y 63 del Código de Comercio. Y por otro lado, tenemos los actos de estas empresas que tienen relación directa con los usuarios de los servicios, en donde en muchas ocasiones las ESP, ejercen alguna potestad pública sus actos deben en consecuencia someterse al Derecho público.

Esta sería la regla para determinar el régimen jurídico que se aplica a los actos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, la cual se aplica sin consideración

a la naturaleza jurídica de la empresa encargada de la prestación del servicio público.

Por otro lado, en cuanto al régimen jurídico aplicable a los contratos de las ESPD, el título segundo de la Ley 142 de 1994, reglamenta el régimen de los contratos para este tipo de empresas. En consecuencia, el artículo 31 modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001 establece:

Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se registrará, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se registrarán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con

la Ley 80 de 1993.

El texto original del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, fue demandado en acción de inconstitucionalidad, a lo que la Corte Constitucional mediante sentencia C-066 de 1997, señaló:

"En efecto, pretende la ley objeto de control someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. No es otro el objetivo del envío que el artículo 31 de la ley 142 de 1994 hace, en tratándose de contratos celebrados por dichas empresas, al parágrafo 1° del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la primera ley citada disponga otra cosa. En igual forma y directamente, el artículo 32 de la misma ley deja en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan lo contrario, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas.

Pero independientemente de la anterior discusión doctrinal sobre qué debe ser objeto de normas del derecho público o del derecho privado, considera la Corte que esa sola apreciación no puede constituir base suficiente para declarar la inexequibilidad del régimen establecido por el legislador para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en vista de que la norma constitucional que los organiza no lo determina expresa y menos privativamente. Al respecto, simplemente el Constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas, etc. Luego, el

legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la ley 142 y entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad Superior.

De otra parte, si las actuaciones y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de sus empleados deben someterse a los principios estipulados en el título preliminar de la ley objeto de control (artículo 30), y no directamente a los del artículo 23 de la ley 80 de 1993, no hay sustento constitucional suficiente para la preocupación del actor en este punto, pues no es cierto que, por lo señalado, tales servidores públicos puedan desempeñar lo de sus cargos sin transparencia, responsabilidad y economía, y ello no les pueda ser exigido por las autoridades encargadas de vigilar sus actuaciones, ya que los principios que rigen la prestación de los servicios públicos domiciliarios no son solamente los arriba enunciados, sino los de eficiencia, eficacia, calidad, información, no abuso de la posición dominante, acceso, participación y fiscalización de los servicios, cobro solidario y equitativo, neutralidad, legalidad, esencialidad, garantía a la libre competencia, etc., todos establecidos a lo largo del título preliminar de la ley 142 acusada (artículos 1 a 14), cuya consecución incluye, indudablemente, el cumplimiento de los principios que tanto preocupan al actor, desarrollando así cabalmente los principios esenciales de prestación eficiente y cobertura total de los servicios públicos, consagrados en el artículo 365 de la Carta²⁵¹.

El régimen especial de los contratos de las empresas de servicios públicos, abarca

²⁵¹ Corte Constitucional mediante Sentencia C-066 de 1997

igualmente, el contrato para la creación de la empresa, que en lo no regulado por la Ley 142 de 1994, se someten al regulado por el código de comercio para las sociedades anónimas (art. 19). Igualmente, hacen parte de este régimen los contratos especiales como los de concesión, los de interconexión. Y por últimos los contratos celebrados entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, que son contratos de condiciones uniformes, pero que igualmente están regulados por la intervención del estado en los servicios públicos prevista en la Ley 142 de 1994²⁵².

6.1 De los servicios públicos domiciliarios

Los servicios públicos como categoría general corresponden a una serie de actividades desarrolladas en pro del interés general para la satisfacción de las necesidades de la población, cuya prestación se encuentra sometida a un régimen jurídico especial de responsabilidad, para garantizar la prestación en condiciones de eficiencia y calidad a todos los usuarios, de manera permanente y continuo bajo la regulación y control de Estado.

Dentro de esta categoría general de los servicios públicos, los servicios públicos domiciliarios es una clasificación que se le da a lo que corresponde servicio público, de donde se derivan importantes consecuencias jurídicas que desde la constitución tiene una connotación distinta a los demás servicios públicos. Al respecto, la Constitucional ha expresado que los servicios públicos domiciliarios son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas. El servicio público es el género y el servicio público domiciliario es especie de aquél.

²⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

Así mismo, la Corte Constitucional en el mismo fallo, establece las características de los servicios públicos domiciliarios, relevantes para determinar como domiciliario a un servicio público a partir de una interpretación finalista:

"a) El servicio público domiciliario -de conformidad con el artículo 365 de la Constitución-, puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios.

b) El servicio público domiciliario tiene una "punto terminal" que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario "la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa".

c) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir en concreto. Así pues, no se encuentran en estas circunstancias el uso del agua destinado a urbanizar un terreno donde no habite persona alguna"²⁵³.

Por otro lado, la Ley 142 de 1994 *"Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones"*, no regula la totalidad de los servicios públicos domiciliarios, pero además entre a regular otros servicios distintos a los domiciliarios y algunas actividades complementarias. Al respecto, la Ley 142 de 1994, establece que esta se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que

²⁵³Cfr. Corte Constitucional mediante sentencia C-066 de 1997

trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley.

7. La responsabilidad civil y el deber de las instituciones reguladores de las empresas de servicios públicos domiciliarios de prevenir el daño patrimonial en la contratación de las entidades vigiladas y en la prestación de los servicios a usuarios y consumidores

Al igual que para la prestación del servicio público de salud, existen entidades del Estado encargadas de intervenir en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, para que este se desarrolle en condiciones de igualdad entre los prestatarios del servicio, lo cual exige contar con las instituciones y normas que impidan que los operadores se beneficien en condiciones desleales previniendo un sistema monopólico en donde ninguno goce de privilegios o soporte obligaciones que otros operadores no están en la obligación de asumir; a la vez; que presten un servicio con oportunidad y eficiencia.

Desde este punto de vista, tenemos que existen unas instituciones que cumplen unas funciones de regulación para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, tal como lo veremos a continuación.

7.1 Ministerio de ambiente y desarrollo sostenible

El Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, fue creado mediante la Ley 99 de 1993, con la denominación de Ministerio del Medio Ambiente,

“como organismo rector de la gestión del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, encargado de impulsar una relación de respeto y armonía del hombre con la naturaleza y de definir, en los términos de la presente ley, las políticas y regulaciones a las que se sujetarán la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y el medio ambiente de la Nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible”.

Así mismo, en cuanto a los objetivos previstos para el Ministerio, el Decreto 216 de 2003, *“Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 1º, establece que *“el Ministerio De Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, tendrá como objetivos primordiales contribuir y promover el desarrollo sostenible a través de la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y regulación en materia ambiental, recursos naturales renovables, uso del suelo, ordenamiento territorial, agua potable y saneamiento básico y ambiental, desarrollo territorial y urbano, así como en materia habitacional integral”*; *“promover y facilitar el desarrollo sostenible del Sistema Nacional de Agua Potable y Saneamiento Básico y la gestión descentralizada, equitativa, participativa, eficiente, productiva y gerencial de las empresas prestadoras de los servicios públicos correspondientes, a través de la formulación de políticas, regulaciones, financiación e incentivos”*.

La Ley 1444 del 4 de Mayo de 2011, escindió el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y creó los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, quedando el primero con las funciones correspondientes el sector de agua potable y saneamiento básico.

7.1.1 Comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, fue creado por el artículo 69 de la Ley 142 de 1993, como una Unidad administrativa Especial, sin

personería jurídica, con autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico; no obstante, posteriormente con la expedición de la Ley 790 de 2002, el párrafo del artículo 4º estableció que *“la formulación de políticas relativas al uso del suelo y ordenamiento urbano, agua potable y saneamiento básico, desarrollo territorial y urbano, así como la política habitacional integral necesaria para dar cumplimiento al artículo 51 de la Constitución Política, serán funciones del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Los organismos adscritos y vinculados relacionados con estas funciones, pasarán a formar parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial”*.

La comisión esta integrada por el Ministro de ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, o su delegado quien la presidirá; el Ministro de la Protección Social, o su delegado; el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios o su delegado, con voz pero sin voto; el Director del Departamento Nacional de Planeación, o su delegado; y cuatro expertos comisionados de dedicación exclusiva, nombrados por el Presidente de la República para un periodo de cuatro años, no sometidos al régimen de carrera administrativa.

En cuanto a las funciones de la CRA, la Ley 142 de 1994, establece unas funciones generales para todas las comisiones de regulación en el artículo 73, estableciendo entre otras que las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales.

Por su parte el artículo 74, establece las funciones especiales para cada Comisión de regulación y en lo concerniente a la CRA precisa:

a. Promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico o regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, todo ello con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.

b. Establecer, por vía general, en qué eventos es necesario que la realización de obras, instalaciones y operación de equipos destinados a la prestación de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo se sometan a normas técnicas y adoptar las medidas necesarias para que se apliquen las normas técnicas sobre calidad de agua potable que establezca el Ministerio de Salud, en tal forma que se fortalezcan los mecanismos de control de calidad de agua potable por parte de las entidades competentes.

Por otro lado, el Decreto 2882 del 2007, *“Por el cual se aprueban los estatutos y el Reglamento de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA”*, además de las establecidas anteriormente le otorga las siguientes:

a. Designar al Director Ejecutivo.

b. Discutir y aprobar los proyectos, propuestas y demás documentos sometidos a su consideración.

c. Aprobar el anteproyecto del presupuesto anual de la unidad Administrativa Especial Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA.

d. Aprobar los planes de acción de corto, mediano y el largo plazo, en especial el

plan estratégico quinquenal y las agendas regulatorias indicativas anuales, de conformidad con la normatividad vigente.

e. Establecer el orden de prioridad y de ejecución de los trabajos regulatorios y fijar las directrices y criterios para la elaboración de los mismos.

7.2 Ministerio de minas y energía

El Ministerio de Minas y Energía, fue creado mediante el Decreto 968 de 1940, con la denominación de Ministerio de Minas y Petróleo a partir del diseño de un plan para la defensa y el fomento de las industrias existentes; el aprovechamiento de los recursos naturales y el desarrollo de otras fuentes de producción; en cuanto a sus funciones en el año 1968, se le fijó al Ministerio el manejo de las fuentes de energía de origen primario, tales como el petróleo, gas natural, carbón y minerales radioactivos.

Posteriormente, mediante el Decreto 636 de 1974, se le cambia la denominación a la de Ministerio de Minas y Energía como se conoce actualmente, dándole una nueva estructura administrativa, que en la actualidad se encuentra regulada mediante el Decreto 70 de 2001.

Sus funciones en lo relacionado con el manejo de los Servicios Públicos, la Ley 142 de 1994, establece que el Ministerio de Minas y Energía, el de Comunicaciones y el de Desarrollo, tendrán, en relación con los servicios públicos de energía y gas combustible, telecomunicaciones, y agua potable y saneamiento básico, respectivamente, las siguientes funciones:

“1. Señalar los requisitos técnicos que deben cumplir las obras, equipos y procedimientos que utilicen las empresas de servicios públicos del sector, cuando la

comisión respectiva haya resuelto por vía general que ese señalamiento es realmente necesario para garantizar la calidad del servicio, y que no implica restricción indebida a la competencia;

2. Elaborar máximo cada cinco años un plan de expansión de la cobertura del servicio público que debe tutelar el ministerio, en el que se determinen las inversiones públicas que deben realizarse, y las privadas que deben estimularse.

3. Identificar fuentes de financiamiento para el servicio público respectivo, y colaborar en las negociaciones del caso; y procurar que las empresas del sector puedan competir en forma adecuada por esos recursos.

4. Identificar el monto de los subsidios que debería dar la Nación para el respectivo servicio público, y los criterios con los cuales deberían asignarse; y hacer las propuestas del caso durante la preparación del presupuesto de la Nación.

5. Recoger información sobre las nuevas tecnologías, y sistemas de administración en el sector, y divulgarla entre las empresas de servicios públicos, directamente o en colaboración con otras entidades públicas o privadas.

6. Impulsar bajo la dirección del Presidente de la República, y en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, las negociaciones internacionales relacionadas con el servicio público pertinente; y participar en las conferencias internacionales que sobre el mismo sector se realicen.

7. Desarrollar y mantener un sistema adecuado de información sectorial, para el uso de las autoridades y del público en general.

8. Las demás que les asigne la ley, siempre y cuando no contradigan el contenido especial de esta ley.

Los ministerios podrán desarrollar las funciones a las que se refiere éste artículo, con excepción de las que constan en el numeral 67.6., a través de sus unidades administrativas especiales.

PARÁGRAFO. La Unidad Administrativa Especial de Planeación Minero Energética del Ministerio de Minas y Energía, tendrá el mismo régimen jurídico de las comisiones de regulación de que trata esta ley y continuará ejerciendo las funciones que le han sido asignadas legalmente”.

7.2.1 La Comisión de regulación de energía y gas

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, fue creada mediante la Ley 142 de 1993, por el artículo 69 en los mismos términos y con las mismas funciones generales para las demás comisiones de regulación. La CREG, dentro de sus funciones tiene la misión de regular tres sectores específicos; el servicio público de electricidad, gas natural y el gas licuado de petróleo que no constituye un servicio público domiciliario pero que es sujeto de regulación por parte de CREG. En cuanto a las facultades específicas, el artículo 74 numeral primero, establece:

“a. Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.

b. Expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de

electricidad y el uso eficiente de energía y gas combustible por parte de los consumidores y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas y entre éstas y los grandes usuarios;

c. Establecer el reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía y gas combustible.

d. Fijar las tarifas de venta de electricidad y gas combustible; o delegar en las empresas distribuidoras, cuando sea conveniente dentro de los propósitos de esta ley, bajo el régimen que ella disponga, la facultad de fijar estas tarifas.

e. Definir las metodologías y regular las tarifas por los servicios de despacho y coordinación prestados por los centros regionales y por el centro nacional de despacho”.

8. Ministerio de las tecnologías de la información y las comunicaciones- Tics

Este ministerio fue creado inicialmente mediante la Ley 31 de 1923, como el Ministerio de Correos y Telégrafos, como un organismo encargado de fijar las políticas de planeación y desarrollo en los campos de la telegrafía y el correo. En 1953 y por Decreto 259 del 6 del febrero, el Gobierno Nacional determinó que a partir del 1 de febrero de 1953 el Ministerio de Correos y Telégrafos en adelante se denominaría Ministerio de comunicaciones, reestructurándolo y estableciendo su funcionamiento con base en los Departamentos de Correos, de Telecomunicaciones y Giros.

Con la expedición de la Ley 72 de 1989 y del Decreto Reglamentario 1900 de 1990, se estableció la desmonopolización del sector y se abrió la posibilidad de inversión de capital privado en empresas operadoras a nivel de servicios básicos de telefonía

local, departamental y nacional. Desde el punto de vista técnico, este Decreto segregó por primera vez en la historia de las telecomunicaciones los conceptos de redes y servicios, los cuales a partir de ese momento, comenzaron a ser marco general de consideración de normas que en adelante se promulgarían

El Ministerio, a partir del año 2009, con la expedición de la Ley 1341, “por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y las comunicaciones - tic-, se crea la agencia nacional de espectro y se dictan otras disposiciones”, el Ministerio de Comunicaciones pasó a llamarse Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Por medio de esta ley, determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información.

Por su parte el artículo décimo de la Ley 1341 de 2009, establece que una vez vigente, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público. La habilitación a que hace referencia el presente artículo no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico.

Como medidas de protección para los usuarios, el decreto establece que el Estado velará por la adecuada protección de los derechos de los usuarios de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, así como por el cumplimiento de los derechos y deberes derivados del Habeas Data, asociados a la prestación del servicio. Para tal efecto, los proveedores y/u operadores directos deberán prestar sus servicios a precios de mercado y utilidad razonable, en los niveles de calidad establecidos en los títulos habilitantes o, en su defecto, dentro de los rangos que certifiquen las entidades competentes e idóneas en la materia y con información clara, transparente, necesaria, veraz y anterior, simultánea y de todas maneras oportuna para que los usuarios tomen sus decisiones. Así mismo, el Ministerio en cuanto a la prestación de los servicios públicos. Esta sujeto a lo establecido en el artículo 67 de la Ley 42 de 1994, tal como se consignó anteriormente.

8.1 Comisión reguladora de telecomunicaciones CRC

De conformidad con el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, al igual que las demás comisiones la CRC tienen *“la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad”*.

La Comisión de Regulación de Comunicaciones antes Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por disposición de la Ley 1341 de 2009, es el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad.

La Comisión está integrada por el Ministro de Tecnologías de la Información y las

Comunicaciones quien la presidirá, el Director del Departamento Nacional de Planeación o el Subdirector como su delegado, y tres (3) comisionados de dedicación exclusiva, para períodos de tres (3) años, no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa. Los comisionados serán designados por el Presidente de la República los cuales podrán ser: abogados, ingenieros electrónicos o de telecomunicaciones o economistas. En todo caso, al menos un comisionado deberá ser ingeniero.

8.2. Superintendencia de servicios públicos domiciliarios

La Superintendencia de Servicios Públicos es un organismo de carácter técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial, creada por el artículo 370 de la Constitución Política de 1991, como una herramienta del Presidente de la República para ejercer el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten los servicios públicos domiciliarios.

La Superintendencia de Servicios Públicos, hacen parte del sector planeación, cuya función principal, como se dejó anotado es ejercer el control y vigilancia en la prestación de los servicios públicos y es la primera autoridad técnica y administrativa en el ramo del control, inspección y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios, sus actividades complementarias e inherentes.

Sus funciones están contenidas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001 y por el artículo 5 de la Decreto 990 de 2002. de esta manera la Superintendencia tiene entre otras las siguientes funciones.

“1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados y sancionar sus violaciones,

siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.

2. Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, apoyar las labores que en este mismo sentido desarrollan los Comités Municipales de Desarrollo y Control Social de los servicios públicos domiciliarios y sancionar sus violaciones.

3. Vigilar las empresas que no sean de servicios públicos en los términos del artículo 73, numeral 2 de la Ley 142 de 1994.

4. Adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 142 de 1994.

5. Adelantar las investigaciones cuando las Comisiones de Regulación se lo soliciten en los términos del artículo 73.18 de la Ley 142 de 1994 e imponer las sanciones de su competencia. En este caso el Superintendente informará a las Comisiones de Regulación sobre el estado y avance de dichas investigaciones, cuando éstas así se lo soliciten.

6. Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación; publicar sus evaluaciones y proporcionar, en forma oportuna, toda la información disponible a quienes deseen hacer evaluaciones independientes.

7. Acordar programas de gestión con las empresas que amenacen de forma grave la prestación continua y eficiente de un servicio, cuando así lo estime”.

9. Responsabilidad civil y régimen especial de contratación para la prestación de servicios de aseo, acueducto y alcantarillado

Ya hemos visto cual es régimen de contratación de las Empresas de Servicios Públicos Estatales o Mixtas, y que los servicios públicos domiciliarios por disposición de la Ley 142 de 1994, pueden ser prestados por personas de derecho público, mixtas o personas de Derecho privado. En ese orden de ideas veremos a continuación porque régimen contractual se rigen los contratos para la prestación de estos servicios, haciendo distinción entre cada uno de ellos cuando el operador es un particular.

De esta manera, para la prestación de los servicios de aseo, acueducto y alcantarillado, existe un régimen contractual especial previsto en la Ley 142 de 1994, estableciendo en el parágrafo del artículo 31 que los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Para establecer el monto de las tarifas por concepto de estos servicios públicos, las empresas deben someterse al régimen de regulación, definido por la respectiva Comisión de Regulación; de esta manera, de conformidad con el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva Comisión para fijar sus tarifas de acuerdo con los estudios de costos, para fijar sus tarifas. La comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; e igualmente podrá definir las metodologías para la fijación de tarifas, si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada.

Así mismo, por disposición del artículo 90, los elementos de las fórmulas tarifarias, sin perjuicio de otras alternativas que puedan definir las Comisiones de regulación, incluyen un cargo por unidad de consumo, un cargo fijo y un cargo por aportes de conexión, cuyo cobro en ningún caso podrá contradecir el principio de la eficiencia, ni trasladar al usuario los costos de una gestión ineficiente o extraer beneficios de posiciones dominantes o de monopolio. En todo caso, la CRA, adoptó para todos los prestadores de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, en el territorio nacional, el régimen de libertad regulada que dentro del régimen de libertad regulada, las tarifas de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, son fijadas autónomamente por las Juntas Directivas de las personas prestadoras que presten los servicios o por quien haga sus veces, o por el alcalde del municipio cuando los servicios sean prestados directamente por la administración municipal, mediante la aplicación, para su cálculo, de las metodologías expedidas para tal efecto por la CRA.

Por otro lado, el valor de la remuneración para el concesionario prestador de los servicios público, es una tarifa porcentual que se calcula sobre los ingresos esperados derivados de la prestación de los servicios durante la vigencia del contrato y que opera como una tasa de descuento.

10. Responsabilidad civil y régimen especial de contratación para la prestación de servicio de energía eléctrica y gas combustible

La prestación del servicio público domiciliario de energía y gas combustible, es competencia de los Municipios y Distritos. El régimen jurídico aplicable a estos actos es el contenido en la ley 142 de 1994 y 143 de 1994, y la reglamentación que sobre el particular establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG. No obstante para su estudio, es pertinente tener presente si el servicio se va a prestar dentro de un Área de Servicio Exclusivo en Zonas no Interconectadas o no.

Para la prestación del servicio público en Área de Servicio Exclusivo la Ley 142 de

1994, en el artículo 40, establece que “por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.

Así mismo, en el artículo 174 establece: Por motivos de interés social y con el propósito de que la utilización racional del recurso gas natural, permita la expansión y cobertura del servicio a las personas de menores recursos, por un término de veinte (20) años, contados a partir de la vigencia de esta ley, el Ministerio de Minas y Energía podrá otorgar las áreas de servicio exclusivo para la distribución domiciliaria del gas combustible por red, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el artículo 40 de esta ley.

Es obligación del Ministerio de Minas y Energía, al estudiar y otorgar los contratos de

que trata el presente artículo, contemplar que en dichas áreas se incluyan programas de masificación y extensión del servicio público de gas combustible en aquellos sectores cuyos inmuebles residenciales pertenezcan a la categoría I, II ó III de la estratificación socioeconómica vigente al momento de hacerse la instalación. En los contratos existentes al momento de entrar en vigencia la presente ley, el Ministerio de Minas y Energía propenderá porque las empresas contratistas alcancen los niveles de masificación deseables en cumplimiento del presente artículo.

Para la consecución de los objetivos establecidos en el presente artículo, se aplicarán los criterios establecidos en los artículos 97 y 99 de la presente ley.

El Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil, sobre el régimen jurídico aplicable al contrato de prestación de servicio público de gas natural en áreas de zonas exclusiva estableció *“que en cuanto al contenido del artículo 40 ibídem, titulado “áreas de servicio exclusivo”, se observa que su intención es facilitar que la cobertura de algunos servicios públicos incluido el de distribución domiciliaria de gas combustible por red, para que llegue efectivamente a las personas de menores ingresos, lo cual simplifica el proceso de contratación estatal introduciendo la “invitación pública”; así se establece una forma especial de contratación para prestar servicios a ciertas áreas geográficas.*

Esta modalidad tiene las siguientes particularidades, siguiendo la descripción del artículo 40 mencionado:

“Establece áreas de servicio exclusivo en las cuales podrá acordarse de que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado”.

“Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el

contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio”.

“La “licitación pública” se sustituye por la “invitación pública” con el fin de facilitar una forma especial de contratación del servicio en determinados sectores.

“Además en estas divisiones territoriales también podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio”.

De acuerdo con lo analizado, los contratos que se suscriban con los fines señalados, por sus especiales características, se regulan de manera distinta a la generalidad de los contratos estatales. Ello es lo que se presenta en el texto del artículo 40 referido, conjuntamente con sus párrafos 1º y 2º, en los que además, se destaca el carácter extraordinario de esta clase de convenciones, se prevé una *“comisión de regulación”* (artículos 68, 69.2 y 74.1, ibídem) para que señale cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos y defina los lineamientos generales y las condiciones a las cuales éstos deben someterse y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verifique que ellas sean necesarias para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos para que se adopten los procedimientos propios de tales actuaciones.

Lo anterior significa que la comisión de regulación determina los reglamentos generales a que deben someterse los contratos relativos a áreas de servicio exclusivo, y luego estudia antes de que se abra una licitación el caso particular para establecer si se trata de un contrato del tipo de los comentados y verificado que ello es así, aplicar los reglamentos especiales. Sólo un alcance de la disposición semejante, explica que en una misma norma se establezca sistema distinto en la contratación estatal como es la *“invitación pública”* y al mismo tiempo se mencione la *“licitación pública”* buscando que, antes de efectuarse esta se compruebe la existencia de circunstancias propias de los contratos especiales referentes a áreas

de servicio exclusivo, lo cual por lo demás se justifica procediendo de conformidad, constatada la presencia de tales características, con la formulación de la invitación pública, en lugar de la licitación pública.

En el mismo concepto, la Sala de Consulta y Servicio Civil, continúa explicando que en todo caso, los lineamientos generales que la comisión de regulación tiene a su cargo determinar, deberán orientarse en los principios constitucionales que rigen la actividad económica y la iniciativa privada en el país, y en los desarrollos que de aquéllos hace la ley respetando el criterio de la especialidad. En cuanto las disposiciones especiales no hagan referencia a aspectos básicos esenciales al sistema de contratación, éstos deberán tomarse de los fundamentos que sobre la materia tiene establecidos el estatuto general de contratación administrativa (Ley 80 de 1993), como en el presente caso tiene que ocurrir en lo referente al equilibrio contractual que si bien puede entenderse que en forma general está comprendido en la reglamentación del Decreto 1051 de 1995, para citarlo expresamente debe recurrirse a los artículos 27 y 28 de la Ley 80 de 1993.

El Decreto 1051 de 1995 puntualiza los requisitos para que proceda la invitación pública y para que quienes estén interesados en la prestación del servicio público de gas combustible por red en áreas de servicio exclusivo, presenten sus propuestas dentro de los términos y condiciones que se especifiquen en la convocatoria.

El estatuto dispone sobre el particular lo siguiente:

“Artículo 3º. Iniciación del trámite. Cuando el Ministerio de Minas y Energía considere que es procedente la celebración de contratos de áreas exclusivas para la prestación del servicio público de gas combustible por red, solicitara a la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, certificación de disponibilidad del gas combustible, presión, sitio y fecha de entrega. De igual forma, el Ministerio de Minas y Energía solicitara el pronunciamiento de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, de

acuerdo con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, relativo a la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos en el área respectiva”.

De igual forma, el Ministerio de Minas y Energía mediante resolución invitará públicamente a los interesados, para que presenten las propuestas respectivas”.

“Ministerio indicará –como mínimo – las áreas exclusivas a contratar, la disponibilidad y volumen de gas; la posible fecha de entrega del gas en puerta de ciudad o de sitio de entrega; la presión de entrega; la fecha y sitio donde se podrán adquirir los términos de referencia, su valor y el plazo para presentar las propuestas. Igualmente se señalará fecha y hora para que las personas que hayan adquirido los términos de referencia, soliciten información adicional, aclaraciones, presenten observaciones, que podrán ser acogidas a juicio del Ministerio”.

Además de lo anterior la reglamentación se extiende a todos los aspectos relacionados con los trámites previos a la celebración del contrato, sus cláusulas, perfeccionamiento y ejecución del mismo, y a otras situaciones relacionadas con la duración y vigilancia, organizando un método completo de contratación para áreas exclusivas en la prestación del servicio público de gas combustible por red.

En consecuencia, estos contratos se rigen conjuntamente por las disposiciones de la Ley 142 de 1994, los Decretos 1051 y 1167 de 1995 y las normas del derecho privado que gobiernan la contratación especial para la gestión de los servicios públicos de conformidad con el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, ya mencionado.

Los Decretos 1051 y 1167 de 1995 establecen las exigencias para la contratación sobre áreas de servicio exclusivo y determinan la invitación pública como una nueva forma de carácter especial aplicable en estos trámites. Como los actos administrativos son obligatorios mientras no se anulen o suspendan, de conformidad

con el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, la Sala estima que las normas en cuestión deben aplicarse.

Por otro lado, para la prestación del servicio de energía el artículo 55 de la Ley 143 de 1994, establece:

“Artículo 55.- Mediante el contrato de concesión, la Nación, el departamento, el Municipio o Distrito competente podrán confiar en forma temporal la organización, prestación, mantenimiento y gestión de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad, a una persona jurídica privada o pública o a una empresa mixta, la cual lo asume por su cuenta y riesgo, bajo la vigilancia y el control de la entidad concedente.

La vigilancia y control del concedente no obsta para que el Ministerio de Minas y Energía, así como otros organismos estatales ejerzan sus facultades legales de regulación, fiscalización, control y vigilancia.

El concesionario del servicio de electricidad deberá sujetarse a las disposiciones legales que le sean aplicables; y a lo dispuesto en el respectivo contrato de concesión.

El concesionario deberá reunir las condiciones que requiera el respectivo servicio, de acuerdo con los reglamentos que expida el Ministerio de Minas y Energía. El otorgamiento de la concesión se hará mediante oferta pública a quien ofrezca las mejores condiciones técnicas y económicas para el concedente y en beneficio de los usuarios.

Lo anterior, sin perjuicio de otras modalidades contractuales viables en concordancia con el artículo 10. de la presente Ley”.

El contrato de concesión establecerá claramente las condiciones de prestación del servicio; la forma y condiciones de remuneración para el concesionario, que se definirán teniendo en cuenta el servicio concedido; la duración y prórroga; la

obligatoriedad de prestar el servicio a quien lo solicite en el caso de la interconexión, transmisión y distribución; las condiciones de sustitución por parte del concedente para asegurar la continuidad y regularidad del servicio; las causales de terminación anticipada; las indemnizaciones; las causales para declarar la caducidad y los efectos de la misma; las sanciones por incumplimiento; la liquidación de bienes; las normas aplicables; y en general, todos aquellos aspectos que permitan preservar los intereses de las partes, dentro de un sano equilibrio. (Art. 58 Ley 143 de 1994)

La remuneración del contrato de concesión consiste en las tarifas o precios que los usuarios de los servicios pagan directamente a los concesionarios, las cuales son fijadas de acuerdo con las disposiciones establecidas en la presente ley.

□ Cuando, por razones ajenas a la voluntad del concesionario, no se pudieren fijar las tarifas en niveles que permitan recuperar los costos económicos de prestación del servicio en condiciones óptimas de gestión, el concedente deberá reconocer la diferencia entre los valores correspondientes a la prestación con tales costos y los valores facturados con las tarifas que efectivamente se apliquen. (Art. 60 de la Ley 143 de 1994).

El término de duración del contrato de concesión será fijado, en cada caso, por la entidad concedente y no podrá exceder de treinta (30) años, contados desde la fecha fijada contractualmente o, a falta de ella, desde el momento del perfeccionamiento del contrato. Así mismo, el concesionario podrá solicitar su renovación hasta por veinte (20) años, con una anticipación no mayor de treinta y seis (36) meses ni menor de doce (12) meses al vencimiento del plazo del contrato. El concedente resolverá sobre el otorgamiento de la prórroga dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición, atendiendo a criterios técnicos, económicos, operativos y ambientales. (Art. 62 de la Ley 143 de 1994).

Con el fin de asegurar la continuidad, calidad y regularidad del servicio, el concedente

podrá sustituir al concesionario en su prestación, realizándola por sí mismo o mediante terceros, en el evento en que se haya suspendido, o se tema razonablemente que se pueda suspender, previo concepto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La sustitución deberá ser una medida temporal y cuando el concesionario se halle en condiciones de prestar nuevamente el servicio podrá ser restituido; en caso contrario, se decretará la terminación del contrato. (Art. 63 de la Ley 143 de 1994).

A la terminación de la concesión deben revertir a la entidad concedente todos los bienes señalados en el contrato para tal fin, mediante el reconocimiento y pago al concesionario del valor de salvamento de las instalaciones para los casos contemplados en los contratos respectivos, determinados por peritos designados, uno por cada una de las partes y un tercero de común acuerdo entre los dos anteriores. (Art. 65 de la Ley 143 de 1994).

11. Responsabilidad civil y régimen especial de los contratos para la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica

El régimen jurídico especial para estos contratos está contenido principalmente en la Ley 143 de 1994, *“Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”*, actividades estas que, de conformidad con el artículo primero de la misma Ley, constituyen las actividades del sector.

Para la suscripción y ejecución de estos contratos es necesario que el agente económico interesado demuestre ante el Estado tener la experiencia en relación con las mismas, la capacidad técnica, operativa y financiera suficiente para desarrollar el objeto del contrato, el cual se regirá por la Ley 143 de 1994, las normas de Derechos privado y en las disposiciones especiales según la naturaleza jurídica del contrato.

Así mismo, para el desarrollo de estos contratos es necesario tener en cuenta las siguientes definiciones consignadas en el artículo 11 de la Ley 143 de 1994:

“Artículo 11. *Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones generales:*

Sistema interconectado nacional: es el sistema compuesto por los siguientes elementos conectados entre sí: las plantas y equipos de generación, la red de interconexión, las redes regionales e interregionales de transmisión, las redes de distribución, y las cargas eléctricas de los usuarios.

Red nacional de interconexión: conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, incluyendo las interconexiones internacionales, destinadas al servicio de todos los integrantes del sistema interconectado nacional.

Redes regionales o interregionales de transmisión: conjunto de líneas de transmisión y subestaciones, con sus equipos asociados, destinadas al servicio de un grupo de integrantes del sistema interconectado nacional dentro de una misma área o áreas adyacentes, determinadas por la comisión de regulación de energía y gas.

Redes de distribución: conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, destinados al servicio de los usuarios de un municipio o municipios adyacentes o asociados mediante cualquiera de las formas previstas en la Constitución Política.

Reglamento de operaciones: conjunto de principios, criterios y procedimientos establecidos para realizar el planeamiento, la coordinación y la ejecución de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica. El reglamento de operación comprende

varios documentos que se organizarán conforme a los temas propios del funcionamiento del sistema interconectado nacional.

Mercado mayorista: es el mercado de grandes bloques de energía eléctrica, en que generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el sistema interconectado nacional, con sujeción al reglamento de operación.

Libertad regulada: régimen de tarifas mediante el cual la Comisión de Regulación de Energía y Gas fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas de electricidad podrán determinar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos.

Comercialización: actividad consistente en la compra de energía eléctrica y su venta a los usuarios finales, regulados o no-regulados, que se sujetará a las disposiciones previstas en esta Ley y en la de servicios públicos domiciliarios en lo pertinente.

Usuario regulado: persona natural o jurídica cuyas compras de electricidad están sujetas a tarifas establecidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Usuario no-regulado: persona natural o jurídica, con una demanda máxima superior a 2 Mw por instalación legalizada, cuyas compras de electricidad se realizan, a precios acordados libremente. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá revisar dicho nivel, mediante resolución motivada.

Operación integrada: es la operación óptima que se adelanta por dos o más sistemas independientes.

Autogenerador: aquel generador que produce energía eléctrica exclusivamente para atender sus propias necesidades.

Centro regional de despacho: es un centro de supervisión y control de la operación de las redes, subestaciones y centrales de generación localizadas en una misma región, cuya función es la de coordinar la operación y maniobras de esas instalaciones, con sujeción en lo pertinente, a las instrucciones impartidas por el Centro Nacional de Despacho, en desarrollo de las previsiones contenidas en el Reglamento de Operación, con el fin de asegurar una operación segura y confiable del sistema interconectado.

Centro Nacional de Despacho: es la dependencia encargada de la planeación, supervisión y control de la operación integrada de los recursos de generación, interconexión y transmisión del sistema interconectado nacional.

Está igualmente encargado de dar las instrucciones a los Centros Regionales de Despacho para coordinar las maniobras de las instalaciones con el fin de tener una operación segura, confiable y ceñida al reglamento de operación y a todos los acuerdos del Consejo Nacional de Operación.

Consumo de subsistencia: se define como consumo de subsistencia, la cantidad mínima de electricidad utilizada en un mes por un usuario típico para satisfacer necesidades básicas que solamente puedan ser satisfechas mediante esta forma de energía final. Para el cálculo del consumo de subsistencia sólo podrá tenerse en cuenta los energéticos sustitutos cuando éstos estén disponibles para ser utilizados por estos usuarios.

Zonas no interconectadas: área geográfica en donde no se presta el servicio público de electricidad a través del Sistema Interconectado Nacional.

Cuando fuere necesario, la interpretación y aplicación de estas definiciones las hará

la Comisión de Regulación de Energía y Gas²⁵⁴”.

Para este servicio público es pertinente aclarar que las actividades del sector no pueden ser prestadas por un solo operador, con excepción de la comercialización que si puede ser prestada en combinación con cualquier otra actividad.

Para la prestación de este servicio público, existe libre iniciativa privada; es decir que los agentes económicos son libres de elegir si desean prestar el servicio público de generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica y desarrollar sus funciones; pero dentro de los principios que regulan la libre competencia de conformidad con la Constitución y la Ley. No obstante, para operar es necesario que estas personas obtengan previamente los permisos y licencias respectivas de las autoridades competentes además de aquellas exigidas en materia ambiental.

De otro lado, en caso de no existir en el mercado personas que por iniciativa propia deseen prestar estos servicios, las autoridades territoriales competentes o la Nación podrán otorgar concesiones en donde se le otorgue a una persona que bien puede ser de derecho privado, público o mixta la prestación de este servicio por su cuenta y riesgo y bajo el control y vigilancia de la entidad concedente mediante invitación pública; de tal manera que cuando el Estado decida convocar a los diferentes agentes económicos para que en su nombre desarrollen cualquiera de las actividades del sector reguladas por la Ley 143 de 1994, éstos deberán demostrar experiencia en la realización de las mismas y tener capacidad técnica, operativa y financiera suficiente para suscribir los contratos necesarios para ello.

La Ley 143 de 1994, establece la competencia de los entes territoriales para el

²⁵⁴ Ley 143 de 1994, “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética, artículo 11.

otorgamiento de los contratos de concesión, estableciendo que le corresponde a la Nación, los relacionados con la generación, interconexión y redes de transmisión entre regiones; a los departamentos, lo concerniente a las redes regionales de transmisión; y al municipio, lo atinente a la distribución de electricidad. Así mismo, la Ley autoriza a la Comisión de Regulación de Energía y Gas para precisar el alcance de las competencias señaladas.

12. Responsabilidad civil y régimen especial de los contratos para la exploración y explotación de gas combustible

La Constitución Política de Colombia en el artículo 101, define el territorio nacional y establece en el inciso final que también hará parte del territorio el subsuelo, para luego en el artículo 102 establece que el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación, para terminar estableciendo en el capítulo *“del régimen económico y de la hacienda pública”*, en el artículo 332 que *“el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables”*.

Conforme a lo anterior, mediante la Ley 20 de 1969 y el Decreto Legislativo 2310 de 1974, se le otorgó a ECOPETROL, la función de exploración y explotación de los hidrocarburos de propiedad de la Nación que para tal fin podría hacerlo directamente o mediante la celebración de contratos de asociación, operación o servicios celebrados con terceros, régimen que estuvo vigente hasta el año 2003, pero que aun subsisten yacimientos de gas natural que son explotados bajo esta modalidad contractual.

En el régimen contractual anterior al año 2003, “desde el punto de vista de la competencia en el mercado de gas natural, de este esquema se destaca: 1) la obligación de asociación con ECOPETROL, que incrementa la concentración de la participación en el mercado en un solo agente, reduciendo las posibilidades de

promover la competencia; 2) que el contrato de asociación (Cláusula 14) establece la posibilidad de que cada uno de los socios comercialice de manera independiente el gas de su propiedad; 3) que no se contaba con periodos de explotación de gas natural acordes con el desarrollo del mercado; 4) que el administrador del recurso natural era ECOPETROL, acentuando la posición privilegiada en el mercado; y 5) que la comercialización de las regalías de gas las efectuaba ECOPETROL, acentuando la concentración del mercado mayorista de gas en esta empresa”.

Para el año 2003, se expide el Decreto 1760 del 2003 *“Por el cual se escinde la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, se modifica su estructura orgánica y se crean la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la sociedad Promotora de Energía de Colombia S. A.”*, sustituyendo a su vez el esquema contractual que se venía manejando en el país, que anteriormente era manejado por ECOPETROL, por un esquema donde predomina la libre competencia entre los agentes económicos del mercado. En ese sentido, ECOPETROL entra en el mercado como un agente más a competir en igualdad de condiciones con otras empresas del sector, con la única función de explorar, producir, transportar, refinar y comercializar hidrocarburos.

Ahora bien, mediante la misma disposición se crea la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH, como una unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera, sometida al régimen jurídico contenido en el presente decreto y, en lo no previsto en él, al de los establecimientos públicos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 489 de 1998 y en las normas que la sustituyan, modifiquen o adicionen, cuyo objetivo principal es la administración y regulación integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación.

En este contexto, la entidad competente para celebrar estos contratos será entonces la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH, como se establece en los numerales primero y tercero del artículo 5 del decreto 1760 de 2003:

“5.1 Administrar las áreas hidrocarburíferas de la Nación y asignarlas para su exploración y explotación.

5.3 Diseñar, promover, negociar, celebrar, hacer seguimiento, y administrar los nuevos contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, en los términos del artículo 76 de la Ley 80 de 1993 y las normas que la sustituyan, modifiquen o adicionen”.

Dentro de esos contratos que la ANH, puede celebrar se encuentra por su puesto los contratos para la exploración y explotación de gas combustible, el cual se encuentra sometido a un procedimiento específico de contratación establecido en el Acuerdo 08 del 3 de mayo de 2004 de la ANH.

El procedimiento de contratación establecido por ANH, para otorgar áreas para la exploración y explotación a través de un contrato de exploración y explotación es el siguiente.

-Mediante contratación Directa: Mediante este procedimiento se aplicará el principio de “primero que llegue, primero que se atiende”, con el propósito de establecer el orden de prioridad para iniciar la negociación de un contrato sobre un área libre. De acuerdo con el orden cronológico de recibo de propuestas de contratación admitidas.

-Contratación por proceso competitivo: Mediante este procedimiento se consideran propuestas de contratación en igualdad de condiciones en cuanto a su fecha de recibo, durante un plazo específico según lo establezca la Agencia Nacional de Hidrocarburos y aplicará para las áreas liberadas. La ANH iniciará el proceso de negociación con el proponente cuya propuesta de contratación sea

admitida y aceptable.

-Solicitud de ofertas: Mediante este procedimiento se invita a un número plural de proponentes para que, en igualdad de condiciones, presente sus propuestas de contratación y se seleccione objetivamente entre ellas la más favorable. Este procedimiento aplicará para aquellas áreas que definidas por la ANH como áreas especiales y sus condiciones se establecerán en el momento de abrir el respectivo proceso.

-Nominación abierta de áreas: Mediante este procedimiento, un nominador presenta una propuesta sobre un área designada para el propósito, en los términos del numeral 10 del Artículo 2º del Acuerdo 008 de 2004, que por este Acuerdo se adiciona, para la celebración de un contrato de Exploración y Producción –E&P- o un Contrato de Evaluación Técnica –TEA-, según sea el caso, con un programa de trabajo aceptable para la ANH. La ANH publicará en la página WEB de la Agencia, durante treinta (30) días calendario, el área denominada y el programa de trabajo propuesto, sin indicar el nombre del nominador, para que terceros proponentes presenten ofertas. Cumplido el periodo de los treinta (30) días, la ANH procederá a la apertura y evaluación de las propuestas, de conformidad con el procedimiento señalado en el Acuerdo 008 de 2004 y sus Acuerdos modificatorios. (Capacidad para Contratar, Jurídica, Técnica, Financiera y Operacional). A la(s) propuesta(s) que acredite (n) las capacidades de que trata el referido reglamento, se le(s) evaluará el programa de trabajo, para elegir la que presente el mejor programa. Si la propuesta con el mejor programa no es la del nominador, éste tendrá opción de igualarla y suscribir el respectivo contrato. Parágrafo: En el evento en que el nominador no ejerciere su derecho a igualar y se presentase algún empate en la

evaluación de las propuestas allegadas, se seguirá el procedimiento establecido en el Artículo 15 del Acuerdo 008 de 2004; es decir, que la ANH seleccionará al Proponente que obtenga la mejor calificación de Capacidad Operacional (Artículo 23 del Acuerdo 008 de 2004). Si persiste el empate, se escogerá al proponente por sorteo efectuado en presencia de los proponentes.

Nominación cerrada de áreas: Mediante este procedimiento, el nominador presenta una propuesta sobre un área designada para el propósito, en los términos del numeral 10 del Artículo 2º del Acuerdo 008 de 2004, que por este Acuerdo se adiciona, para la celebración de un contrato de Exploración y Producción –E&P- o un Contrato de Evaluación Técnica –TEA-, según sea el caso, sin revelar el programa de trabajo. La ANH publicará en la página Web de la Agencia el área nominada, indicando el nombre del nominador, y establecerá un plazo de treinta (30) días calendario para que el nominador o cualquier proponente interesado presenten una única oferta sobre el área nominada. Cumplido el período de treinta (30) días, la ANH procederá a la apertura y evaluación de las propuestas, de conformidad con el procedimiento señalado en el Acuerdo 08 de 2004 y sus Acuerdos modificatorios (Capacidad para Contratar, Jurídica, Técnica, Financiera y Operacional). A la(s) propuesta(s) que acrediten las capacidades de que trata el referido reglamento, se les evaluará el programa de trabajo para elegir la que presentó el mejor programa. Si el programa de trabajo de la mejor propuesta es aceptable para la ANH, se le adjudicará el área. En caso contrario se solicitará una mejora. De no llegar a un acuerdo, se llamará a negociar al siguiente Proponente en orden de elegibilidad. El nominador no tendrá derecho a igualar, en caso de que la mejor propuesta no fuese la suya. **PARÁGRAFO:** En caso de presentarse empate en la evaluación de las propuestas

presentadas, se seguirá el procedimiento establecido en el Artículo 15 del Acuerdo 008 de 2004; es decir, que la ANH seleccionará al Proponente que obtenga la mejor calificación de Capacidad Operacional (Artículo 23 del Acuerdo 008 de 2004). Si persiste el empate, se escogerá al Proponente por sorteo efectuado en presencia de los Proponentes.

Del nuevo esquema es relevante destacar los siguientes efectos para el mercado de gas natural establecido en el Manual de Contratación:

“Se definieron las condiciones especiales para la exploración y explotación de yacimientos de gas natural, en consistencia con el desarrollo del mercado.

La participación de ECOPETROL en los contratos de explotación no es obligatoria, por lo tanto, presumiblemente en el futuro existirá un mayor número de agentes productores para la comercialización de las reservas de los nuevos descubrimientos.

Si la ANH ejerce la potestad de recaudar en especie el volumen de gas de regalías para su posterior comercialización, podría existir un agente más en el mercado de suministro de gas.

La CREG deja de ser la autoridad competente para definir esquemas de venta del gas natural de regalías, como el establecido en el Artículo 158 de la Resolución CREG 057 de 1996²⁵⁵.

13. Responsabilidad civil y régimen especial de contratación de telefonía

²⁵⁵ Artículo 15 del Acuerdo 008 de 2004; es decir, que la ANH seleccionará al Proponente que obtenga la mejor calificación de Capacidad Operacional (Artículo 23 del Acuerdo 008 de 2004).

pública básica conmutada

El régimen especial contratación para los servicios de telefonía pública básica conmutada TPBC, estaba contenido en las disposiciones sobre la materia de la ley 142 de 1994, pero con la expedición de la Ley 1341 de 2009 *“Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”*, el inciso tercero del artículo 73 sobre las vigencias y derogatorias, estableció que *“a las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículo 4º sobre carácter esencial, 14 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público”*.

No obstante lo anterior, la reglamentación sobre la materia esta contenida en una resolución de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones, anterior a la expedición de la Ley 1341 de 2009, pero que aun continúa vigente. Esta resolución es la 575 de 2002 *“Por la cual se modifica la numeración de la Resolución CRT 087 de 1997 y se actualizan sus modificaciones en un solo cuerpo resolutivo”*, la resolución 087 de 1997 por su parte, regula en forma integral los servicios de telefonía pública básica conmutada TPBC en Colombia.

En ese orden de ideas, la Resolución 572 de 2002 establece como objetivos de los

servicios TPBC que estos deberán ser utilizados como instrumento para impulsar el desarrollo político, económico y social del país con el objeto de elevar el nivel y la calidad de vida de los habitantes en Colombia. Los servicios de TPBC serán utilizados responsablemente para contribuir a la defensa de la democracia, a la promoción de la participación de los colombianos en la vida de la Nación y la garantía de la dignidad humana y de otros derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, y para asegurar la convivencia pacífica” y que así mismo, *“el establecimiento, instalación, expansión, modificación, ampliación, renovación y utilización de la red de telecomunicaciones del Estado o de cualquiera de sus elementos, constituyen motivos de utilidad pública e interés social”*.

Los servicios de TPBC, se clasifican de la siguiente manera:

1. Servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL): Es el servicio de TPBC uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la Red Telefónica Conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio.

2. Servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada Local Extendida (TPBCLE): Es el servicio de TPBC prestado por un mismo operador a usuarios de un área geográfica continua conformada por municipios adyacentes, siempre y cuando ésta no supere el ámbito de un mismo Departamento.

3. Servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia (TPBCLD): Es el servicio de TPBC que proporciona en sí mismo capacidad completa de comunicación telefónica entre usuarios de distintas redes de TPBCL, TPBCLE y TMR del País, o entre un usuario de la RTPC en Colombia y un usuario situado en un país extranjero. Este servicio comprende los servicios de TPBCLDN y TPBCLDI.

4. Servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Nacional

(TPBCLDN): Es el servicio de TPBC que proporciona en sí mismo capacidad completa de comunicación telefónica entre usuarios de distintas redes de TPBC local y/o local extendida del País

5. Servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Internacional (TPBCLDI): Es el servicio de TPBC que proporciona en sí mismo capacidad completa de comunicación telefónica entre un usuario de la RTPC en Colombia y un usuario situado en un país extranjero.

6. Servicio de Telefonía Local Móvil en el Sector Rural (TMR): Es la actividad complementaria del servicio de TPBCL que permite la comunicación a usuarios ubicados fuera de la cabecera municipal, o en un municipio con población total menor a 7,000 habitantes de acuerdo con el censo realizado en 1993, o en un corregimiento departamental, con cualquier usuario ubicado dentro del mismo municipio.

Para la prestación los servicios TPBCL, TPBCLE y TMR no es necesario la celebración de contrato alguno, de tal manera que para la prestación de estos servicios en los respectivos municipios sólo es necesario los permisos licencias establecidas en el artículo 26 de la 142 de 1994, el cual establece que: “en cada municipio, quienes prestan servicios públicos estarán sujetos a las normas generales sobre la planeación urbana, la circulación y el tránsito, el uso del espacio público, y la seguridad y tranquilidad ciudadanas; y las autoridades pueden exigirles garantías adecuadas a los riesgos que creen. Los municipios deben permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de empresas de servicios públicos, o a la provisión de los mismos bienes y servicios que estas proporcionan, en la parte subterránea de las vías, puentes, ejidos, andenes y otros bienes de uso público. Las empresas serán, en todo caso, responsables por todos los daños y perjuicios que causen por la deficiente construcción u operación de sus redes. Las autoridades municipales en ningún caso podrán negar o condicionar a las empresas de servicios públicos las licencias o permisos para cuya expedición fueren

competentes conforme a la ley, por razones que hayan debido ser consideradas por otras autoridades competentes para el otorgamiento de permisos, licencias o concesiones, ni para favorecer monopolios o limitar la competencia.

Por el contrario, para la prestación de los servicios de TPBCLD, es necesario que el Ministerio de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones mediante un contrato de concesión autorice al operador para la prestación de estos servicios. En ese sentido, el artículo 10 de la Ley 1341 de 2010 establece que a partir de la vigencia de la presente ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público. La habilitación a que hace referencia el presente artículo no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico.

En todo caso, en virtud de lo establecido por la Ley 1341 de 2010, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones llevará el registro de la información relevante de redes, habilitaciones, autorizaciones y permisos conforme determine el reglamento. Deben inscribirse y quedar incorporados en el Registro los proveedores de redes y servicios, los titulares de permisos para el uso de recursos escasos, indicando sus socios; que deberán cumplir con esta obligación incluyendo y actualizando la información periódicamente. En el caso de las sociedades anónimas sólo se indicará su representante legal y los miembros de su junta directiva. Este registro será público y en línea, sin perjuicio de las reservas de orden constitucional y legal. Con el registro de que aquí se trata, se entenderá formalmente surtida la habilitación a que se refiere el artículo 10 de la presente ley.

Por último, para la operación de este servicio, igualmente se han dispuestos algunas normas para la integración de las empresas que presten los distintos servicios de TPBC; en este caso, todos los operadores de TPBC podrán prestar simultáneamente servicios de TPBCL, TPBCLE, TMR y TPBCLD, previo cumplimiento de las siguientes reglas:

1. Tener unidades completamente diferenciadas por servicio, de conformidad con lo establecido en la presente Resolución. Los servicios de TPBCL, TPBCLE y TMR podrán pertenecer a una misma unidad dentro del mismo departamento, que a su vez debe estar diferenciada de la de TPBCLD.
2. Tener la contabilidad separada por servicios, una para TPBCLD y otra para los servicios de TPBCL, TPBCLE y TMR, de tal manera que se diferencien los activos, pasivos, ingresos, costos y gastos entre los diferentes servicios.
3. Dar cumplimiento a la diferenciación técnica en los términos de la Regulación.
4. En el evento en que un operador de TPBCLD curse más del sesenta (60%) por ciento del tráfico saliente, ya sea nacional o internacional, generado por los usuarios de algunos de los operadores de TPBCL o TPBCLE que sean sus socios o que pertenezcan al mismo operador, la CRT podrá someter a vigilancia especial a dichos operadores. De establecerse que esta participación se obtuvo por prácticas restrictivas de la competencia, se solicitará a la SSPD la imposición de las sanciones respectivas y sus tarifas se someterán al régimen de libertad regulada.
5. Los operadores que presten el servicio con integración vertical deberán cumplir las demás disposiciones sobre competencia contenidas en la Regulación.

CAPÍTULO TERCERO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES

SUMARIO. 1. La responsabilidad civil en los contratos de concesión y licencias para la prestación de servicios públicos postales. 1.1.- Prestación del servicio de correo ordinario. 1.2.- Prestación de servicios especiales y financieros de correo. 1.3.- Prestación de servicio de mensajería especializada. 1.4.- Contratos de concesión para el servicio de correo. 1.5.- Licencias para la prestación de servicios postales. 2.- Responsabilidad civil y el régimen especial en los contratos de concesión y licencias de actividades de telecomunicación. 3.- Responsabilidad civil y el régimen especial de los contratos de radio y radiodifusión. 4.- Responsabilidad civil y régimen especial de los contratos la prestación de telefonía móvil celular – TMC. 5.- El daño patrimonial y los contratos de prestación de servicios de telefonía de comunicación personal – PCS. 6.- Responsabilidad civil y régimen especial de los contratos de prestación de servicios de televisión. 7.- Responsabilidad civil y régimen especial de los contratos de concesión para la prestación de servicios de transporte público. 8.- Responsabilidad civil y contratos para la concesión de puertos marítimos y fluviales, retorno de inversión y daño patrimonial. 9.- Responsabilidad civil y régimen especial de los contratos de obra pública y concesión para la construcción, rehabilitación y mantenimiento

de la red vial. 10.- Las reglas del derecho de daños en la calificación del detrimento al patrimonio en los contratos de obra civiles, adquisición y suministro para garantizar la seguridad aeronáutica

Continuando con el estudio de los regímenes especiales de contratación, pasamos ahora a desarrollar lo atinente a los regímenes especiales de los servicios públicos que la doctrina ha denominado Industriales y comerciales por estar destinados a actividades de comercio que atienden necesidades de interés general o que tienen un fin meramente lucrativo y no el de satisfacer necesidades colectivas. Entre estos servicios encontramos: los servicios públicos postales, los servicios y actividades de telecomunicaciones, la telefonía móvil celular, los servicios de telefonía de servicios de comunicación personal, los servicios de Televisión, los servicios de transporte público y los servicios de puertos, aeropuertos y terminales terrestres²⁵⁶.

Vale la pena hacer este estudio con el fin de conocer cada uno de los regímenes que rigen la contratación de la prestación de estos servicios y que este sirva como herramienta para un adecuado control fiscal de legalidad a la actividad contractual del estado al permitir determinar y verificar que su adjudicación, perfeccionamiento, legalización y liquidación se haya realizado conforme a las normas que le son aplicables; determinando puntos de control en cada una de las fases de estos contratos estatales.

De esta manera, en la fase precontractual se podrán identificar puntos de control para determinar que el sistema de selección utilizado ha sido el adecuado, la consistencia de la valoración de la propuesta según los criterios de ponderación que tiene cada régimen, la pertinencia y procedencia de selección directa, la comprobación de inhabilidades e incompatibilidades de los contratistas, etc.

²⁵⁶ Decreto 1082 de 2015, por el cual se expide el Estatuto Reglamentario Único de los sectores administrativos regulados de planeación y de contratación pública.

De igual forma en la fase de suscripción del contrato se podrán identificar puntos de control relacionados con la comprobación de las formalidades del contrato según su régimen de contratación, la verificación de las garantías y sus montos y en la etapa de ejecución la calidad de los servicios contratados, el adecuado registro contable de las operaciones y bienes relacionados con el contrato, la consistencia de los pagos efectuados según lo señalado en el respectivo régimen, lo pactado y los servicios entregados, el cumplimiento oportuno en la ejecución del contrato, el análisis de los costos y beneficios relacionados con la ejecución así como la justificación de las prorrogas, adiciones y reajustes de precios autorizados.

1. La responsabilidad civil en los contratos de concesión y licencias para la prestación de servicios públicos postales

Los servicios postales desde principios de siglo XX han constituido un monopolio estatal, como bien lo señalaba el artículo 17 de la ley 76 de 1914, el cual estableció que el servicio de correos de Colombia correspondían exclusivamente al Gobierno Nacional, al definirlo como servicio público de exclusiva prestación estatal; titularidad que se ha mantenido hasta nuestros días, sin importar que estos servicios sean denominados de correo o postales; pues los cambios que han introducido las normas posteriores, (tales como la ley 80 de 1993), están relacionadas con la posibilidad de que los particulares puedan prestar tal servicio, mediante un régimen de concesión o licencia bajo la vigilancia, inspección y control del Estado, sin que en ningún momento haya cambiado la reserva estatal de los servicios postales.

Por su parte, el artículo 37 de la ley 80 de 1993 ha señalado que los servicios públicos postales están comprendidos por la prestación de los servicios de correo y la del servicio de mensajería especializada. De igual manera el decreto 229 de 1995 ha señalado que se entiende por servicios postales el servicio público de recepción,

clasificación y entrega de envíos de correspondencia y otros objetos postales, indicando que estos servicios comprenden la prestación del servicio de correos nacionales e internacionales y del servicio de mensajería especializada.

Como metodología para el desarrollo de este capítulo y con el fin de comprender adecuadamente como opera el régimen de concesión y licencia de estos servicios, primero indicaremos como la normatividad colombiana ha definido estos servicios, para luego pasar a exponer cual es el régimen mediante el cual el Estado involucra a los particulares en la prestación de los servicios postales y determinar el régimen contractual aplicable a una y otra actividad.

1.1 Prestación del servicio de correo ordinario

De acuerdo a lo señalado en el inciso segundo del artículo 37 de la ley 80 de 1993 se entiende por servicio de correo *“la prestación de los servicios de giros postales y telegráficos, así como el recibo, clasificación y entrega de envíos de correspondencia y otros objetos postales, transportados vía superficie y aérea, dentro del territorio nacional”*. Indicando que *“el servicio de correo internacional se prestará de acuerdo con los convenios y acuerdos internacionales suscritos con la Unión Postal Universal y los países miembros”*.

Estos servicios de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4º del decreto 229 de 1995 pueden ser prestados por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, debidamente autorizadas por concesión otorgada mediante contrato, por el Ministerio de Comunicaciones vía superficie y / o aérea, a través de la red oficial de correos, dentro del territorio nacional e internacional.

Con relación a la prestación del servicio de correo nacional, establece el párrafo primero de la norma en mención que éste incluye el servicio de correos urbanos,

entendido aquel como el que es prestado en el mismo municipio, área metropolitana o distrito de admisión de los envíos.

Por su parte el Ministerio de Comunicaciones por mandato del párrafo tercero Ibídem debe determina las zonas y rutas de correo social, rural y urbano, donde no resulte económicamente posible la prestación del servicio con el fin de contratar, con cargo al fondo de comunicaciones, la prestación de este servicio con el concesionario de correo que ofrezca mejores condiciones económicas y de calidad, dadas las tarifas fijadas por el ministerio.

1.2. Prestación de servicios especiales y financieros de correos

Los servicios especiales de correos de acuerdo a lo señalado en el artículo 5 del decreto 229 de 1995, comprenden los servicios tradicionales de correo recomendado o certificado, asegurado, de entrega inmediata, de correo expreso, apartados postales, lista de correos, respuesta comercial, acuse de recibo, cupón de respuesta internacional, solicitud de devolución o modificación de dirección, almacenaje, así como los nuevos servicios que implementen los concesionarios en orden a ofrecer un servicio de alta calidad que satisfaga los requerimientos de los usuarios.

Estos servicios al igual que los financieros de correos, por mandato de la mencionada norma estarán a cargo de los concesionarios de los servicios de correos que, serán prestados por los concesionarios de los servicios de correos.

1.3 Prestación del servicio de mensajería especializada

Con relación al servicio de mensajería especializada, el inciso tercero del artículo 37 de la ley 80 de 1993 señala: “se entiende por servicio de mensajería especializada, la clase de servicio postal prestado con independencia a las redes postales oficiales

del correo nacional e internacional, que exige la aplicación y adopción de características especiales para la recepción, recolección y entrega personalizada de los objetos transportados, vía superficie y aérea, en el ámbito nacional y en conexión con el exterior.” las características especiales que deben cumplir los servicios de mensajería especializada, se encuentran reglamentadas en el parágrafo del artículo 6 del Decreto 229 de 1995, las cuales son:

Registro individual de cada envío. Todo envío de mensajería especializada debe tener un número de identificación individual;

Recolección a domicilio. Si el cliente lo solicita, el servicio de mensajería debe efectuar la recolección en el domicilio del usuario o cliente solicitante;

Admisión. El servicio de mensajería debe expedir un recibo de admisión o guía, por cada envío, en el cual debe constar:

-Número de identificación del envío.

-Fecha y hora de admisión.

-Peso del envío en gramos.

-Valor del servicio.

-Nombre y dirección completa del remitente y destinatario.

-Fecha y hora de entrega;

Curso del envío. Todo envío de mensajería debe cursar, con una copia del recibo de admisión o guía, adherido al envío;

Tiempo de entrega. Los envíos de mensajería especializada se caracterizan por la rapidez en la entrega. El servicio de mensajería debe prestarse en condiciones normales con unos tiempos de entrega no superiores a: Veinticuatro (24) horas en servicio urbano. Cuarenta y ocho (48) horas en servicio nacional a cualquier lugar del país. Noventa y seis (96) horas en servicio internacional.

Prueba de entrega. El cliente usuario del servicio de mensajería especializada, puede exigir la prueba de entrega del envío, donde consta fecha y hora de entrega y firma e identificación de quien recibe.

Habiendo definido los servicios postales pasamos a indicar cual es el régimen que ha establecido la ley para la concesión y licencias de estos servicios, de esta manera tenemos que el parágrafo 1° del artículo 37 de la ley 80 de 1993, ha señalado que los servicios de correo se concederán mediante contrato a través del procedimiento de selección objetiva de que trata dicha ley, y que la prestación del servicio de mensajería especializada se concederá directamente mediante licencia.

1.4 Contratos de concesión para el servicio de correos

La prestación del servicio de correo nacional vía superficie y aérea, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de decreto 229 de 1995 (reglamentario del artículo 37 de la ley 80 de 1993) se concederá mediante contrato con personas naturales o jurídicas, a través de licitación conforme a la estructura procedimental de selección objetiva y con arreglo a los principios de transparencia, y responsabilidad, de que trata la Ley 80 de 1993.

Para la adjudicación indica el mencionado decreto que esta se hará en consideración a factores tales como infraestructura física y técnica, organización administrativa y

operativa, calidad y cobertura del servicio; para tal efecto el Ministerio de Comunicaciones dentro del pliego de condiciones de la licitación debe establecer las calidades y requisitos de los concesionarios y las condiciones del servicio de correo nacional, teniendo en cuenta, entre otros factores:

-Debe tratarse de personas jurídicas cuyo objeto social incluya la prestación de servicios postales.

-El concesionario no debe estar incurso en las causales de incompatibilidad, inhabilidad y prohibiciones contempladas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

Los proponentes deberán cumplir al menos con las siguientes condiciones:

-Cobertura del servicio. Los proponentes deberán garantizar la prestación del servicio en todo el territorio nacional, de acuerdo con los planes de cubrimiento establecidos por el Ministerio de Comunicaciones;

-Calidad del servicio. Los proponentes deberán cumplir como mínimo con las especificaciones de calidad que establezca el Ministerio de Comunicaciones;

-Organización administrativa y operativa. Los proponentes deberán acreditar que disponen de una organización administrativa y operativa que les permita prestar el servicio de manera adecuada;

-Infraestructura física y técnica. Los proponentes deberán contar con la infraestructura física y técnica necesaria que les permita dar cumplimiento a los servicios que ofrezcan, y,

-Red Postal. Los proponentes deberán acreditar la disponibilidad de una red postal y

el correspondiente plan de admisión, clasificación, transporte y entrega de los envíos.

Por otra parte, establece el mencionado decreto en su artículo 15 que la Administración Postal Nacional (ADPOSTAL), prestará el servicio de correos nacional e internacional, a través de concesiones que le otorgará el Ministerio de Comunicaciones, mediante contratación directa.

Frente a este aspecto es importante tener en cuenta que con ocasión de la reestructuración realizada a ADPOSTAL ordenada por el Decreto 2124 de 1992, el presidente de la república a través del Decreto No. 4310 de 2005, autorizó a la Administración Postal Nacional a constituir una sociedad filial, conforme al artículo 49 de la Ley 489 de 1998 el cual dispone que las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal.

De esta manera, luego de agotado el mencionado tramite, mediante escritura pública No. 2428, del 25 de noviembre de 2005, otorgada en la Notaría Cincuenta del Círculo de Bogotá, se constituyó una sociedad filial de Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio De Comunicaciones, bajo la modalidad de sociedad anónima, denominada Servicios Postales Nacionales S.A., gozando de autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal; ejerciendo sus actividades dentro del ámbito del derecho privado, como empresario mercantil; y sujetando su funcionamiento, organización y régimen jurídico de actos, contratos, servidores y relaciones con terceros a las disposiciones estipuladas en los Numerales 1,2,4 y 6 del artículo 94 de la Ley 489 de 1998 relacionados con el régimen de las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado.

□ Posteriormente el 25 de agosto de 2006 el presidente de la república mediante Decreto 2853 de 2006, en uso de sus facultades Constitucionales y legales, en especial las concedidas en el Numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política, en el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 y de conformidad con el Decreto Ley 254 de 2000, procedió a la supresión y liquidación de ADPOSTAL.

□ Igualmente en la misma fecha en pro de garantizar la continuidad en la prestación del servicio postal y teniendo en cuenta el artículo 4 del Decreto 2853 de 2006 (en especial los Numerales 2 y 7) el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2854 de 2006, por medio del cual designa a la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A., como la encargada de llevar a cabo todas las actividades relacionadas con la prestación de los servicios Postales, convirtiéndose así en el Operador Postal Oficial.

□ Como consecuencia de lo anterior el 31 de agosto de 2006, el Ministerio de Comunicación, por medio de la Resolución No. 002194 de agosto 31 de 2006, subroga a Servicios Postales Nacionales S.A., todos los títulos habilitantes y derechos que contaba ADPOSTAL para la prestación del servicio postal y en virtud de la Resolución No. 002171, le otorga a Servicios Postales Nacionales S.A., por el término de cinco (5) años prorrogables por una sola vez, la licencia para prestar el servicio postal de Mensajería Especializada a nivel Nacional y en conexión con el exterior.

1.5. Licencias para la prestación de servicios postales

Con relación a este tipo de licencias el inciso segundo del párrafo primero del artículo 36 de la ley 80 de 1993 señala que la prestación del servicio de mensajería especializada se concederá directamente mediante licencia, de igual manera el

artículo 17 del decreto 229 de 1995 señala que la prestación del servicio de mensajería especializada nacional, y en conexión con el exterior, se concederá directamente, en régimen de libre competencia, a personas naturales o jurídicas, mediante licencia, con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad de que trata la Ley 80 de 1993, debiendo cumplir con los siguientes requisitos para su otorgamiento:

-Solicitud escrita, donde se deberá informar en forma clara y precisa, sobre las siguientes características esenciales del servicio, y aportar lo siguiente:

-Clase de mensajería especializada que prestara la empresa, nacional y / o en conexión con el exterior..

-Localidades del país y países desde y hacia donde se prestara el servicio;

-Razón social y nombre con el que se distinguirá el servicio;

-Tiempo de entrega que ofrecerá a los usuarios. En ningún caso los tiempos de entrega que se ofrezcan podrán ser superiores a los exigidos en el artículo 6 del presente decreto;

Una póliza de seguros o una garantía bancaria, expedida por una compañía de seguros o entidad debidamente constituida y autorizada por la Superintendencia Bancaria, que garantice la admisión, transporte y entrega de los envíos, en concordancia con el artículo 6 del presente decreto, así como los daños y perjuicios a que puedan tener derechos los usuarios del servicio, por un monto de por lo menos trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales; vigente por el término de la concesión y un año más. El monto que cubre la póliza de que trata este literal deberá mantenerse siempre vigente. Su incumplimiento dará lugar, en cualquier caso, a la cancelación de la licencia;

Clase de garantías que ampararan el pago de indemnizaciones, incluido el servicio asegurado, cuando el cliente o usuario así lo requiera, y

Descripción de la organización administrativa y operativa, infraestructura física y técnica; recursos humanos y esquema del plan de recolección, admisión, transporte y distribución.

Acreditar ser persona natural o jurídica, consorcio o unión temporal inscrita en la cámara de comercio, cuya actividad mercantil u objeto social contemple la prestación de los servicios de mensajería especializada, con un capital social, suscrito y pagado, no inferior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.

Ser capaz para contratar y no estar incurso en las causales de incompatibilidad, inhabilidad y prohibiciones, de que trata el estatuto general de contratación de la administración pública.

Frente al término de duración de la licencia el artículo 18 del decreto 229 de 1995 indica que estas licencias serán otorgadas por un término de cinco (5) años, prorrogables por un lapso igual al inicial, previo permiso del Ministerio de Comunicaciones.

De igual manera el artículo 19 del mencionado decreto señala que para la cesión de los derechos otorgados a particulares por la concesión o licencia de los servicios postales, esta deberá ser previamente autorizada por el Ministerio de Comunicaciones. La cual en ningún caso se producirá antes de transcurridos dos (2) años de su otorgamiento; debiendo el cesionario brindar las mismas condiciones y garantías de servicios del cedente; por lo cual es no solo conveniente sino indispensable identificar plenamente al cesionario y presentar los documentos que acrediten a los Representantes Legales, tanto al cedente como al cesionario. Y que

su actividad mercantil u objeto social contempla la prestación de los Servicios de Mensajería Especializada.

El artículo 20 por su parte faculta a los concesionarios o licenciarios de los servicios postales para que contraten con terceros y bajo su responsabilidad e identificación, algunas de las actividades operativas necesarias para la prestación del servicio, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.

2. La responsabilidad civil y el régimen especial de los contratos de concesión de servicios y actividades de telecomunicaciones

El marco jurídico para el sector de las telecomunicaciones se encuentra regulado inicialmente por la ley 72 de 1989 y el Decreto 1900 de 1990, que posteriormente fueron derogados por la Ley 1341 de 2009 “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”.

En la regulación anterior a la Ley 1341 de 2009, se estableció que los servicios serían prestados por el Estado a través del sistema de gestión directa o indirecta por el mecanismo de concesión, abriendo el mercado de la prestación de estos servicios a la competencia donde participan en igualdad de condiciones las Empresas Industriales y Comerciales del Estado frente a las Empresas de economía mixta y privadas.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1341 de 2009, se adoptó la nomenclatura de Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante TIC), como

aquel conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes.

El régimen de contratación de estos servicios de acuerdo al artículo 33 de la Ley 80 de 1993 actividad de telecomunicaciones y servicio de telecomunicaciones, estableciendo como punto de diferencia el uso, la necesidad que satisfacen uno y otro y la conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de comunicaciones. De esta manera, el inciso primero del mencionado artículo indica que se entiende por actividad de telecomunicaciones el establecimiento de una red de telecomunicaciones, para uso particular y exclusivo, a fin de satisfacer necesidades privadas de telecomunicaciones, y sin conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de telecomunicaciones. Asimilando esta actividad para todos los efectos legales a servicios privados. (Cursiva fuera de texto)

Por su parte, el inciso segundo de la norma en mención indica que se entiende por servicios de telecomunicaciones aquellos que son prestados por personas jurídicas, públicas o privadas, debidamente constituidas en Colombia, con o sin ánimo de lucro, con el fin de satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones a terceros, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior. (Cursiva fuera de texto)

De esta manera, los servicios y las actividades de telecomunicación serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Ley 1341 de 2009 o en las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen.

La Corte Constitucional en Sentencia C-189 de 1994, sobre el procedimiento para la contratación de los servicios de telecomunicaciones señaló:

“La razón de ser de la expresión, "en virtud de autorización o concesión, o por ministerio de la ley", aparte que el actor impugna, radica simplemente en que el servicio de telecomunicaciones puede ser prestado directamente por el Estado o por los particulares mediante concesiones, mandato que tampoco infringe la Carta, y por el contrario se adecua a sus mandatos, pues según el artículo 365 el Estado está autorizado para prestar los servicios públicos en forma directa o indirecta, "por medio de comunidades organizadas, o por particulares”²⁵⁷.

En el artículo 20, se exige permiso previo otorgado por el Ministerio de Comunicaciones para usar frecuencias radioeléctricas, estableciéndose que en caso de ampliación, extensión, renovación o modificación de las condiciones, se requiere de nuevo permiso, señalándose el término de duración y su renovación. Y en el 39, se establece la autorización previa del mencionado Ministerio, para el caso de que se vaya a establecer, usar, explotar, ensanchar, ampliar y renovar los servicios de telecomunicaciones, decisión que debe basarse únicamente en conceptos de orden técnico. Estas disposiciones, en criterio de la Corte, tampoco vulneran la Constitución, ya que se adecuan a lo contemplado en los artículos 75, 76 y 365 de ese Estatuto, que asigna a la ley la tarea de regular el uso del espectro electromagnético, y al Estado ejercer su control y vigilancia; además, es labor del legislador regular los servicios públicos, y las telecomunicaciones lo son. Recuérdese que es el Gobierno, por intermedio del Ministerio de Comunicaciones, quien debe adoptar la política general del sector de comunicaciones y ejercer las funciones de planeación, regulación, y control de todos los servicios de dicho sector (art. 1o. Ley 72 de 1989).

En el aparte demandado del artículo 40 se permite la contratación directa para la

²⁵⁷ Corte Constitucional en Sentencia C-189 de 1994

prestación de servicios de difusión, disposición que armoniza con la potestad del legislador de reglamentar el servicio de telecomunicaciones y con la autorización expresa consignada en el artículo 365 ibídem, que como ya se dijo, ordena al Estado prestar directa o indirectamente, por medio de los particulares o de comunidades organizadas, los servicios públicos. Cabe agregar que esta norma concuerda, además, con la contenida en la ley 80 de 1993 (art. 33) recientemente expedida, y que se denomina, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Indica el inciso quinto del artículo 33 de la ley 80 de 1993 que las calidades de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y los requisitos y condiciones, jurídicos y técnicos, que deben cumplir los concesionarios de los servicios y actividades de telecomunicaciones, son los previstos en las normas y estatutos de telecomunicaciones vigentes.

En la prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del territorio nacional podrá hacerse, en gestión directa por las entidades territoriales o por las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a éstas, en el ámbito de su jurisdicción, de conformidad con lo señalado por el artículo 5 de la Ley 1341 de 2009.

Así pues, la Nación o las entidades descentralizadas del orden nacional podrán prestar estos servicios dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, previa autorización de la entidad territorial respectiva. En el ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse también por asociaciones formadas entre cualesquiera de las entidades mencionadas anteriormente, previa autorización de la entidad territorial respectiva.

La prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse en la modalidad de gestión

indirecta por personas naturales o jurídicas de derecho privado o por sociedades de economía mixta, a través de concesión otorgada, mediante contrato o en virtud de licencia, por la entidad territorial correspondiente.

Por su parte la prestación de servicios de telecomunicaciones, entre localidades del territorio nacional, puede hacerse en la modalidad de gestión directa, por la Nación o entidades descentralizadas del orden nacional, o por asociaciones formadas por entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, autorizadas por el ministerio de Comunicaciones; o a través de la modalidad de gestión indirecta, mediante concesión otorgada por el Ministerio de las Tic,s a personas naturales o jurídicas privadas o a sociedades de economía mixta; requiriéndose en estos casos de autorización expresa de las localidades.

En el nivel territorial, las entidades territoriales podrán continuar prestando, por sí mismas o a través de sus entidades descentralizadas, los servicios de telecomunicaciones que tengan a su cargo; pudiendo prestar nuevos servicios dentro del área de su respectiva jurisdicción, sea en forma directa o en forma indirecta mediante concesión, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones, la cual es otorgada sólo en consideración a razones de orden técnico.

Los servicios básicos de telecomunicaciones internacionales se harán exclusivamente en gestión directa por personas de derecho público pertenecientes al orden nacional y especialmente autorizadas para el efecto por el Gobierno Nacional, sin perjuicio de las disposiciones especiales aplicables a los servicios de radiodifusión sonora y de televisión. Las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional en las cuales participen asociaciones conformadas por entidades descentralizadas de cualquier orden territorial también podrán ser autorizadas para prestar esta clase de servicios

Para la recepción directa de señales internacionales el ministerio podrá permitir a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción la recepción directa de señales internacionales de televisión destinadas a ser transmitidas a los suscriptores o abonados del servicio. De igual manera este permiso podrá ser otorgado a personas naturales o jurídicas para la recepción de material noticioso o informativo internacional destinado a ser transmitido al público a través de los servicios de televisión y radiodifusión. Debiendo en todo caso ajustarse a las disposiciones sobre derechos de autor quienes reciban estos permisos.

2.1 Servicios de internet

Como quiera que en el mercado existen múltiples operadores de los servicios de internet, las entidades públicas pueden contratar con sujeción a cada uno de sus regímenes la prestación de los mencionados servicios, salvo aquellos casos en que el operador estatal sea una entidad estatal evento en el cual se podrá hacer mediante contrato interadministrativo.

3. Responsabilidad civil y régimen especial de los contratos de concesiones para la prestación del servicio de radio y radiodifusión a través del acceso, explotación del bien estatal del espectro electromagnético o radioeléctrico

El artículo 35 de la Ley 80 de 1993 señala que los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora, podrán ser personas naturales o jurídicas, cuya selección se hará por el procedimiento objetivo previsto en esta ley, de acuerdo con las prioridades establecidas en el Plan General de Radiodifusión que expida el Gobierno Nacional.

Por disposición expresa de dicho artículo el servicio de radiodifusión sonora sólo podrá concederse a nacionales colombianos o a personas jurídicas debidamente constituidas en Colombia.

En las licencias para la prestación del servicio de radiodifusión sonora se entenderá incorporada la reserva de utilización de los canales de radiodifusión, al menos por dos (2) horas diarias, para realizar programas de educación a distancia o difusión de comunicaciones oficiosas de carácter judicial.

El párrafo primero señala que el servicio comunitario de radiodifusión sonora, será considerado como actividad de telecomunicaciones y otorgado directamente mediante licencia, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones jurídicas, sociales y técnicas que disponga el Gobierno Nacional.

El párrafo segundo, dispone que en consonancia con lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución Política, en los procedimientos relativos a la concesión de los servicios de radiodifusión sonora, la adjudicación se hará al proponente que no sea concesionario de tales servicios en la misma banda y en el mismo espacio geográfico en el que, conforme a los respectivos pliegos, vaya a funcionar la emisora, siempre que reúna los requisitos y condiciones jurídicas, económicas y técnicas exigidas. Cualquiera de los proponentes podrá denunciar ante la entidad concedente y ante las demás autoridades competentes, los hechos o acciones a través de los cuales se pretenda desconocer el espíritu de esta norma.

4. Responsabilidad civil y régimen especial de los contratos de concesión para la prestación del servicio público de telefonía móvil celular – TMC a través del acceso y explotación del bien estatal del espectro electromagnético o radioeléctrico

La prestación del servicio de telefonía móvil celular se encuentra regulado en la ley 37 de 1993, la cual en su artículo primero lo define como un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en si mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos, y usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal.

Para su prestación, dispone el artículo tercero de la norma en mención que esta se encuentra a cargo de la Nación, quien lo podrá hacer de manera directa o indirecta, a través de concesiones otorgadas mediante contratos a empresas estatales, sociedades privadas, o de naturaleza mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia. Como regla general el servicio se prestará en gestión indirecta a través de concesiones otorgadas mediante contrato administrativo.

En caso de otorgarse en gestión indirecta, mediante contrato administrativo, este deberá realizarse previa licitación pública, la cual se someterá a las regulaciones previstas en la ley 80 de 1993, o a las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicione, la Ley 37 de 1993, el Decreto-ley 1900 de 1990, derogado por la Ley 1341 de 2009 y las disposiciones contenidas en el Decreto 741 de 1993; debiendo observar los principios de igualdad y de acceso democrático. El acto de adjudicación tendrá lugar en audiencia pública

Lo anterior, según lo establecido por el parágrafo del artículo 33 de la ley 80 de 1993 dispuso que los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de servicios de telecomunicaciones de que trata la Ley 37 de 1993, continuarán rigiéndose por lo previsto en dicha Ley y en las disposiciones que la

desarrollen o complementen.

Estos procesos de contratación corresponde adelantarlos al Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, por ser la telefonía móvil celular un servicio de ámbito y cubrimiento nacional, razón por la cual no requiere para su concesión autorización alguna de las entidades territoriales. Competencia que incluye la planeación, regulación, control y la concesión del servicio; en cumplimiento de los objetivos y funciones previstas en el Decreto Ley 1901 de 1990 debiendo velar además por el debido cumplimiento y ejecución de los contratos celebrados.

4.1. De las concesiones para la prestación del servicio público de telefonía móvil celular

Señala expresamente el inciso segundo del mencionado artículo 3 de la Ley 37 de 1993, que estos contratos sólo podrán celebrarse con sociedades constituidas en Colombia, de acuerdo con las leyes colombianas y con domicilio principal en este país, especializadas según su objeto social en la prestación del servicio de telecomunicaciones o en telefonía móvil celular en particular.

Las sociedades privadas o mixtas que deseen ser prestadoras de este servicio deberán estar constituidas como sociedades anónimas. Las sociedades privadas que sean concesionarias del servicio de telefonía móvil celular deberán transformarse en sociedades anónimas abiertas, en un plazo de cinco años contados a partir de la fecha de adjudicación del contrato de concesión, so pena de caducidad. Esta disposición, contenida en el parágrafo artículo 3 de la Ley 37 de 1993 fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 318 de 1994 en la cual señaló:

“No es contrario a la Constitución que las empresas estatales o las

sociedades de economía mixta, puedan, en los términos que la ley señala, intervenir en un plano de igualdad con las sociedades privadas, para obtener la adjudicación de los contratos de concesión del servicio de telefonía móvil celular. A este respecto, cabe señalar que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, por regla general, se someten al derecho privado y, excepcionalmente, al derecho público. El principio general dentro del sistema económico es la igualdad (CP art. 13) y a él sólo pueden excepcionalmente sustraerse las empresas públicas, cuando lo autorice la ley y por motivos de relevante interés público; de lo contrario, no se entiende cómo pueda pregonarse que "la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades" (CP art. 333). En este orden de ideas, cuando por decisión de la ley un aspecto - la gestión - de un servicio reservado al Estado se abre a los particulares, la garantía institucional de la libre competencia económica, trasunto de la igualdad en el terreno económico, cobra plena vigencia, frente a los operadores públicos y privados. De otra parte debe observarse que la intervención económica ordenada por la ley puede tener por objeto no solamente actividades privadas sino también servicios públicos y que su finalidad puede ser tanto la promoción de la productividad como el estímulo de la competitividad, en aras del mejoramiento de la calidad de la vida y de los intereses de los usuarios (CP art. 334). Los sujetos públicos no están, pues, exceptuados de la intervención estatal en la economía. No escapa a la Corte que una forma legítima de intervención en lo que hace a la gestión de un determinado servicio público, puede ser la de homologar a los operadores públicos y privados como competidores para su realización y prestación. Justamente a esto se contrae el artículo 3º acusado que luego de contemplar la hipótesis de la prestación indirecta del servicio a través del sistema de concesiones, procede a establecer las pautas conforme a las cuales se adelantarán las respectivas licitaciones y a fijar las condiciones que deben

acreditar sus eventuales concesionarios”²⁵⁸

Entendiéndose por sociedad anónima abierta aquella en que ninguna persona natural o jurídica sea titular, por si o por interpuesta persona, de más del 30% de las acciones representativas del capital social y que tengan inscritas sus acciones en las bolsas de valores.

Las anteriores reglas fueron reproducidas y desarrolladas en Decreto 741 de 1993 (reglamentario de la ley 37 de 1993) al disponer que podrán ser concesionarios del servicio de telefonía móvil celular las empresas estatales, las sociedades de economía mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia y también las sociedades privadas, que cumplan las condiciones establecidas en la Ley 37 de 1993 y en los artículos subsiguientes del decreto.

El artículo 23 del decreto 741 de 1993 señala los Requisitos generales que deben cumplir las sociedades que aspiren a ser adjudicatarias de la concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, disponiendo que estas deben estar constituidas en Colombia, conforme a las condiciones y requisitos establecidos por la legislación colombiana, en especial el Código de Comercio²⁵⁹.

4.1.1. Las sociedades privadas como sujetos contractuales concesionarias del servicio público de telefonía móvil celular

El artículo 24 del decreto 471 de 1993, señala que las sociedades entre particulares

²⁵⁸ Corte Constitucional mediante Sentencia C- 318 de 1994

²⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio gamboa. Bogotá D.C, quince (15) de febrero de dos mil doce (2012).radicación: 85001-23-31-000-2000-00202-01 (19.730). actor: Ordener Chávez Tibaduiza. demandado: caja nacional de previsión social. proceso: acción contractual. terminación unilateral de los contratos. asunto: recurso de apelación.

legalmente constituidas que cumplan con los requisitos generales establecidos en la ley, que sean especializadas en telecomunicaciones o en telefonía móvil celular en particular y que se encuentren debidamente inscritas en el registro de proponentes, podrán ser concesionarias del servicio de telefonía móvil celular. Entendiéndose por sociedad especializada en telecomunicaciones aquella que tenga por objeto social la prestación al público de servicios de telecomunicaciones; las cuales deberán transformarse en sociedades anónimas abiertas, en un plazo no mayor a cinco (5) años contados a partir de la fecha de adjudicación del contrato de concesión, so pena de caducidad.

Estas sociedades abiertas son aquellas en las que ninguna persona natural o jurídica es titular, por sí o por interpuesta persona, de más del treinta por ciento (30%) de las acciones representativas del capital social y que tengan inscritas sus acciones en bolsa de valores, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos que para este tipo de sociedades se establezcan en otras disposiciones legales.

4.1.2. Las sociedades de economía mixta adjudicatarias y contratistas de las concesiones para la prestación del servicio público de telefonía móvil celular

De igual manera puede adjudicarse la prestación del servicio de telefonía móvil celular a sociedades de economía mixta constituidas como sociedades anónimas especializadas en telecomunicaciones, o en telefonía móvil celular en particular de acuerdo con su objeto social, que cuenten entre sus socios al menos una empresa operadora del servicio de telefonía fija o convencional en Colombia, y que se encuentren debidamente inscritas en el registro de proponentes.

En estas sociedades de economía mixta concesionarias de la prestación del servicio de telefonía móvil celular podrán participar directa o indirectamente, entidades

descentralizadas de cualquier orden administrativo que tengan a su cargo la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Las entidades descentralizadas del orden nacional que presten servicios de telecomunicaciones quedan autorizadas conforme lo establece el parágrafo 1 del artículo 4 de la Ley 37 de 1993, para participar en sociedades de economía mixta, cuyo objeto sea la prestación del servicio de telefonía móvil celular. Las entidades descentralizadas pertenecientes a las entidades territoriales podrán asociarse de conformidad con sus estatutos y las normas que regulan su existencia y funcionamiento.

4.1.3. Participación de las entidades del sector solidario de la economía en la contratación de las concesiones para la prestación del servicio público de telefonía móvil celular

El artículo 27 del Decreto 741 de 1993 dispone que las entidades adjudicatarias de las concesiones del servicio de telefonía móvil celular, deberán acreditar que por lo menos el diez por ciento (10%) de su capital social pertenece al sector social solidario de la economía para lo cual disponen de un plazo de cuatro (4) años contados a partir de la adjudicación de la concesión.

La participación de las entidades del sector social solidario en las sociedades adjudicatarias del servicio deberá mantenerse durante el término de la concesión, no obstante si por cualquier circunstancia, estas instituciones no participaren en la formación del capital social de las adjudicatarias, se les reservará el derecho de suscripción en el porcentaje legal mencionado durante cuatro (4) años a partir de la adjudicación de la concesión. Si aún las acciones no son suscritas por las entidades del sector social solidario se entenderá cumplida la obligación legal.

En todo tiempo durante la vigencia del contrato de concesión, la sociedad adjudicataria garantizará que en caso de enajenación de las acciones por parte de las entidades del sector social solidario, lo harán a otras entidades de ese mismo sector y sólo en caso de que pasado un período de cuatro (4) años su enajenación no sea posible podrá enajenarlas a otras personas, en este último caso perderán todo tratamiento privilegiado.

4.1.4. Tratamiento privilegiado para las acciones cuyos titulares sean entidades del sector social solidario de la economía

La Ley 741 de 1993, establece que las acciones pertenecientes al sector social solidario conferirán a sus titulares, además de los derechos de todo accionista y de los que les reconozcan leyes y tratamientos especiales, los siguientes privilegios:

“Las acciones suscritas podrán ser pagadas dentro de un plazo de tres (3) años contados a partir de la fecha de la suscripción.

Las acciones serán excluidas de la obligación de suscripción en bolsa y negociabilidad.

Podrán tener además, cuando así lo prevea en los estatutos los privilegios de que trata el artículo 381 del Código de Comercio”.

4.1.5. Valor de las acciones suscritas por entidades del sector social solidario de la economía

Artículo 29 de la misma Ley establece que la suscripción de acciones que efectúen las entidades del sector social solidario antes de la fecha de perfeccionamiento del contrato de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular se hará de conformidad con el valor nominal de las acciones tal como aparezca en la

propuesta de licitación.

La suscripción de acciones que efectúen las entidades del sector social solidario en sociedades adjudicatarias del servicio de telefonía móvil celular con posterioridad a la fecha de perfeccionamiento del contrato de concesión, se ajustará al valor del mercado, certificado por la bolsa de valores tomando en consideración el promedio ponderado de las transacciones en bolsa del mes calendario inmediatamente anterior a la aprobación por parte de la Junta Directiva del reglamento de suscripción de acciones o del último mes en que las hubo.

4.1.6. De las empresas estatales que pueden ser contratistas concesionarias para la prestación del servicio de telefonía móvil celular

Al igual que las sociedades de particulares y las de economía mixta, podrán ser concesionarias del servicio de telefonía móvil celular, las empresas estatales que presten el servicio de telefonía fija o convencional, las asociaciones formadas por entidades territoriales o sus entidades descentralizadas asimiladas conforme a sus estatutos a empresas industriales y comerciales del estado o establecimientos públicos que presten el servicio de telefonía fija o convencional, autorizadas por el Ministerio de Comunicaciones.

4.2. Procedimiento de convocatoria, selección, adjudicación y celebración del contrato de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil

celular

Los parágrafos 2º, 3º, 4º y 5º de la ley 37 de 1993 señalan el procedimiento para la adjudicación del contrato de concesión de prestación del servicio de telefonía móvil; indicando que el acto de adjudicación tendrá lugar en audiencia pública, convocada a través de medios de comunicación social de amplia circulación y difusión, con una antelación de cinco días hábiles.

Dicha audiencia será presidida por el presidente del organismo competente para adjudicar, durante misma podrán intervenir, a solicitud de cualquiera de los miembros del organismo competente para adjudicar, los servidores públicos que hicieron los estudios y evaluaciones de las propuestas.

De igual manera, podrán intervenir los proponentes por derecho propio, con el ánimo de pedir aclaraciones sobre los informes en que se sustente el acto de adjudicación; así como los asistentes al acto que tengan interés directo con el servicio o que puedan ser afectados con la prestación del mismo. En caso de que se presenten personas con el mismo interés, el presidente de la audiencia pública conformará grupos para que designen su respectivo vocero, a fin de agilizar las intervenciones y el desarrollo del acto.

El Ministerio de Comunicaciones informará al público sobre las ofertas, por un medio de comunicación social de amplia circulación y difusión, una vez cerrada la recepción de las propuestas y antes de efectuarse la audiencia pública. Para tal efecto elaborará un cuadro comparativo de las propuestas presentadas.

El Ministerio de la Tecnologías de Información y de las Comunicaciones deberá informar al público por un medio de comunicación social de amplia circulación y difusión, el resultado de la licitación pública, dentro de los diez días hábiles siguientes a la adjudicación. La información deberá contener una explicación de las razones

tenidas en cuenta para adjudicar.

4.2.1. Registro especial de proponentes del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

El artículo 31 del Decreto 741 de 1993 señala que sólo podrán participar en la licitación para la adjudicación de la concesión del servicio de telefonía móvil celular las sociedades privadas, las de economía mixta y empresas estatales que se encuentren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas en el registro de proponentes de carácter permanente que al efecto lleva el Ministerio de Comunicaciones denominado Registro de Proponentes del servicio de telefonía móvil celular; su finalidad fundamentalmente es la de determinar las empresas estatales, sociedades de economía mixta y particulares que tienen capacidad para participar en la licitación.

El Ministerio de Comunicaciones preparará el pliego de condiciones para la adjudicación de la licitación para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, con sujeción a lo establecido en el artículo 30 del Decreto-ley 222 de 1993 y normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen, en especial la Ley 37 de 1993 y lo previsto en el presente Decreto.

Prohíbe el artículo 34 la declaración de urgencia evidente en el proceso licitatorio a fin de prescindir de la licitación pública correspondiente, por tal razón en todo caso la adjudicación de la concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, se hará previo el trámite del proceso licitatorio y no podrá el Consejo de Ministros declarar urgencia evidente.

4.2.2. Planes de expansión de cubrimiento del servicio y de las redes de

telefonía móvil celular

El Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por mandato del artículo 35 de la Ley 741 de 1993 elaborará un plan mínimo de expansión de cubrimiento del servicio y de las redes de telefonía móvil celular, para el área o áreas de servicio que el proponente aspire a obtener en concesión.

Dicho plan de expansión deberá establecer las etapas en que se cubrirán los municipios correspondientes; además formulará como parte integrante de este plan, un plan de expansión del servicio en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas, a fin de que los proponentes presenten su propuesta económica para la ejecución de este último por parte del Gobierno a través de contratistas, o del concesionario cuando así lo determine la Nación.

4.2.3. Evaluación de las propuestas u ofertas presentadas a la licitación pública

En la evaluación de las propuestas se tendrán en cuenta, en forma rigurosa, los criterios de adjudicación establecidos por el pliego de condiciones. Para la evaluación de los proponentes se tendrá en cuenta la calificación que se les haya otorgado en el Registro de Proponentes, en los términos que establezca la resolución que regula el registro y el pliego de condiciones, sin que en ningún caso supere el cinco por ciento (5%) del total de la valoración.

En todo caso, para la adjudicación de la licitación se verificará en primer lugar, que la propuesta cumpla los requisitos señalados en la ley y en el pliego de condiciones que ofrezca ejecutar de manera plena el plan mínimo de expansión del servicio de

telefonía móvil celular y financiar y ejecutar, si la Nación así lo determine, el plan de expansión del servicio a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas.

Cumplidos los requisitos esenciales mencionados y el puntaje exigido en el pliego, para la adjudicación se preferirán las propuestas que presenten la mejor oferta económica.

En el pliego de condiciones para la concesión del servicio de la telefonía móvil celular, se establecerán las condiciones que permitan asegurar el equilibrio económico en cuanto a los derechos de concesión entre oferentes de la red A y la red B para una misma área.

En todo caso en el proceso licitatorio, en la adjudicación de las concesiones para las áreas y en la operación del servicio se deberán observar los principios de igualdad y de acceso democrático. Por lo tanto, se garantiza la igualdad de los participantes y la selección objetiva, pública y transparente en la adjudicación.

Para lo anterior, además de los requisitos y condiciones establecidos en la ley 80 de 1993 la adjudicación de la licitación para la concesión del servicio de telefonía móvil celular se ajustará al siguiente procedimiento especial:

Una vez cerrada la licitación y antes de realizar la adjudicación el Ministerio de Comunicaciones informará al público al menos por un medio de comunicación social, de amplia circulación y difusión, el número de propuestas presentadas, su contenido básico y la sociedad o empresa estatal proponente. Para tal efecto el Ministerio de Comunicaciones elaborará un cuadro comparativo que recoja la información básica sobre las propuestas presentadas.

El acto de adjudicación tendrá lugar en audiencia pública, convocada a través de medios de comunicación social de amplia circulación y difusión con una antelación de cinco (5) días hábiles a la fecha de realizarse la audiencia.

Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la convocatoria pública podrán inscribirse, en la Secretaría General del Ministerio de Comunicaciones, las personas que deseen asistir al acto y que acrediten interés directo con el servicio o que puedan ser afectadas con la prestación del mismo.

El Ministerio de Comunicaciones mediante resolución que será expedida antes de realizar la audiencia pública de adjudicación de la licitación, fijará las condiciones para la celebración de la misma. En dicha resolución se establecerá, con sujeción a la Ley 37 de 1993, por lo menos, los participantes en la audiencia, quienes podrán intervenir, duración de las intervenciones, criterios para conformar grupos de interés que puedan participar, designación de voceros, orden de las intervenciones y en general todos los asuntos atinentes al desarrollo del acto.

Una vez realizadas todas las intervenciones, criterios y aclaraciones que los participantes consideren de interés, se hará un receso que en ningún caso será mayor de cuarenta y ocho (48) horas en el cual la Junta de Licitaciones del Ministerio de Comunicaciones formalizará su concepto sobre la adjudicación. Reanudada la audiencia el Ministro de Comunicaciones expedirá resolución motivada y procederá a hacer pública la decisión de adjudicación de la licitación. Dado a conocer el resultado de la adjudicación no se permitirá nuevas intervenciones aunque los participantes podrán dejar las constancias escritas que consideren del caso. Contra la resolución que adjudica la licitación no procederá ningún recurso en la vía gubernativa en los términos del inciso 2 del Decreto-ley 222 de 1983.

Una vez adjudicado el contrato el Ministerio de las Tecnologías de la Información y l Comunicaciones informará al público por lo menos por un medio de comunicación

social de amplia circulación y difusión; el resultado de la adjudicación pública de los diez (10) días hábiles siguientes a la adjudicación. Esta información contendrá una explicación de las razones tenidas en cuenta para adjudicar.

4.3. Celebración, suscripción, perfeccionamiento y ejecución del contrato de concesión para la prestación del servicio público de telefonía móvil celular

Ejecutoriada la resolución de adjudicación, ésta será irrevocable y obliga por igual a la entidad y al adjudicatario. El adjudicatario está obligado a aportar los documentos y cumplir requisitos que según el pliego de condiciones sean necesarios para la firma y el posterior perfeccionamiento del contrato.

Si el proponente favorecido no firmare el contrato o no aportare los documentos necesarios para el perfeccionamiento del mismo dentro del plazo fijado en el pliego de condiciones, el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá optar entre abrir una nueva licitación para el área o áreas respectivas o adjudicar, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes, al proponente calificado en segundo lugar para la correspondiente área; si tampoco fuere posible perfeccionar el contrato con este proponente dentro de los treinta (30) días siguientes, el Ministerio podrá adjudicarlo al proponente calificado en tercer lugar dentro de la respectiva área. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 37 de 1993.

Así mismo, el artículo 42 del Decreto 741 de 1993 señala que harán parte integrante del contrato de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, además de la minuta que suscriben las partes, el pliego de condiciones, las propuestas de los oferentes incluyendo todos sus anexos y los reglamentos que en relación con el servicio y con las redes expida el Ministerio de las Tics.

4.4. Causales especiales de caducidad de los contratos de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular

El decreto 741 de 1993, señala en el Artículo 43 como causales de caducidad además de las previstas en el artículo 62 del Decreto-ley 222 de 1983 (derogado por la ley 80 de 1993), de las especialmente establecidas en otras disposiciones legales y las que se prevén en el pliego de condiciones y en el contrato de concesión del servicio de telefonía móvil celular, son causales para declarar la caducidad del contrato de concesión que se incluirán en el respectivo contrato, las siguientes:

-Haber suministrado información falsa en la inscripción en el registro de proponentes;

-Para las sociedades privadas el no transformarse en sociedades anónimas abiertas dentro de los cinco (5) años siguientes a la fecha de la adjudicación de la concesión.

El incumplimiento o atraso reiterado en el cronograma correspondiente a los planes de expansión del servicio, previo el requerimiento del Ministerio de Comunicaciones.

-La violación a la prohibición de incurrir en prácticas monopolísticas impidiendo la libre competencia en los términos establecidos en la ley, el presente Decreto y el pliego de condiciones de la licitación.

-El no prestar con eficiencia y regularidad los servicios materia de la concesión de acuerdo con las reglas de calidad que se establezcan en el pliego de condiciones y en el contrato de concesión, previo requerimiento para su cumplimiento por parte del Ministerio de Comunicaciones.

-Por suspensión total o parcial del servicio sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones o sin causa justificada.

-Por modificar sustancialmente las redes que le han sido autorizadas o las condiciones de prestación del servicio, sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.

-Por permitir la enajenación de acciones, cuotas o partes de interés de las sociedades que sean concesionarias del servicio antes de tres (3) años, contados desde la fecha de la concesión.

-Por ceder o transferir en contradicción a la ley, el contrato de concesión y en todo caso sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.

-No cumplir con la condición prevista en el artículo 27 de este Decreto, sobre propiedad de acciones en el sector social solidario.

-El incumplimiento de las obligaciones contractuales con el Ministerio de Comunicaciones, en especial el no pago de los derechos, tasas o tarifas derivados del contrato.

-El no actualizar el registro de abonados o incurrir en cualquier información falsa que afecte la cuantificación de las obligaciones económicas con la Nación-Ministerio de Comunicaciones.

1.3 Cesión del contrato y enajenación de las acciones de las sociedades concesionarias para la prestación del servicio de telefonía móvil

De conformidad con el artículo 44 de la Ley 741 de 1993 el contrato de concesión

del servicio de telefonía móvil celular no podrá cederse total ni parcialmente antes de tres (3) años contados a partir de la fecha de suscripción del contrato de concesión del servicio, y en todo caso requerirá autorización previa del Ministerio de Comunicaciones.

Pese a lo anterior el artículo 45 del decreto 741 de 1993 señala que los accionistas de las sociedades privadas y de las de economía mixta que sean concesionarias del servicio de telefonía móvil celular no podrán enajenar las acciones, de las sociedades antes de tres (3) años contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del contrato de concesión del servicio.

Así mismo prohíbe a las sociedades la enajenación de las acciones que las pueda conducir al cambio de naturaleza jurídica.

En todo caso se harán las previsiones estatutarias correspondientes en todas las sociedades adjudicatarias del servicio de telefonía móvil celular para que se reserve el diez por ciento (10%) de las acciones para que sean adquiridas por entidades del sector social solidario. Los socios de sociedades privadas que deban convertirse en sociedades abiertas se someterán a las reglas de inenajenabilidad prevista en este artículo. Antes del quinto año de la concesión deberá cumplir con la exigencia de convertirse en sociedades anónimas abiertas en los términos del parágrafo 1 del artículo 3 de la Ley 37 de 1993.

Tampoco se podrá durante el mismo término de tres (3) años contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del contrato ceder las acciones en las mismas sociedades.

5. Responsabilidad civil y régimen especial de los contratos de concesión para la prestación de los servicios de comunicación personal – PCS

El artículo 2 de la Ley 555 de 2000 define los servicios de telefonía de servicios de comunicación personal – PCS - como servicios públicos de telecomunicaciones, no domiciliarios, móviles o fijos, de ámbito y cubrimiento nacional, que se prestan haciendo uso de una red terrestre de telecomunicaciones, cuyo elemento fundamental es el espectro radioeléctrico asignado, que proporcionan en sí mismos capacidad completa para la comunicación entre usuarios PCS y, a través de la interconexión con las redes de telecomunicaciones del Estado con usuarios de dichas redes.

Estos servicios permiten la transmisión de voz, datos e imágenes tanto fijas como móviles y se prestan utilizando la banda de frecuencias que para el efecto atribuya y asigne el Ministerio de Comunicaciones.

La prestación de estos servicios según lo señalado en el artículo 4 de la norma en comento, son responsabilidad de la Nación, quien al igual que en los servicios de telefonía móvil los podrá prestar en gestión directa, o indirecta a través de concesiones otorgadas mediante contrato a empresas estatales, sociedades privadas o de naturaleza mixta.

Estos contratos por disposición del artículo quinto de la norma *Ibidem* se adjudican previo el trámite de licitación pública, de acuerdo con los requisitos, procedimientos y términos previstos en la ley 555 de 2000, la Ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y demás normas que las sustituyan, modifiquen o adicionen; prohibiendo en todos los casos adjudicarlos a través del proceso de contratación directa. Señalando que para su adjudicación, esta se realizará por el procedimiento de subasta y tendrá lugar en audiencia pública, debiendo esta en todo caso observar los principios de igualdad, acceso democrático y trato no discriminatorio.

Dado que este servicio es de ámbito y cubrimiento nacional y que el espectro

radioeléctrico es un bien público de la Nación, el Ministerio de Comunicaciones es el responsable de otorgar la concesión, quien en cumplimiento de sus objetivos y funciones debe adelantar los procesos de contratación y velar por el debido cumplimiento y ejecución de los contratos celebrados.

El objeto de la concesión es otorgar los derechos y fijar las obligaciones para la prestación, por cuenta y riesgo del concesionario, de los servicios de comunicación personal, PCS, esta comportará adicionalmente, el permiso para el uso del espectro radioeléctrico atribuido para la prestación de servicios PCS y la autorización para el establecimiento de la red asociada a la prestación de los mismos.

De conformidad con el artículo 27 del decreto 575 de 2002, inicialmente se debe otorgar una concesión para la prestación de los servicios de comunicación personal, PCS, en cada una de las áreas oriental, occidental y Costa Atlántica, las cuales corresponderán a las establecidas para la prestación del servicio de telefonía móvil celular en la Ley 37 de 1993 y sus reglamentos.

Las cuales deben otorgarse dentro de los límites de la Ley 555 de 2000 y el mencionado decreto, en las oportunidades que para el efecto establezca el Ministerio de Comunicaciones; pudiéndose adjudicar a un mismo proponente más de un área y para el efecto, considerando en el pliego de condiciones tanto (i) la puja en el procedimiento de subasta, como (ii) el propósito de que las concesiones deben garantizar el cubrimiento nacional, la maximización de los ingresos a la Nación y las mejores condiciones a los usuarios. Debiéndose velar en todo caso por la compatibilidad de tecnologías que permita el cubrimiento nacional de las RPCS, tal como lo dispone el artículo 9º del decreto 575 de 2002, de manera que los costos a transferir a los usuarios sean menores y redunden en beneficio de estos a través de las tarifas y promuevan la sana competencia con los demás operadores de servicios de telecomunicaciones.

Contempla el artículo 29 de la norma *Ibídem* que por el sistema de subasta, se otorgarán nuevas concesiones adicionales a las previstas en el artículo 27 del presente decreto después de tres (3) años contados a partir de la fecha de promulgación de Ley 555 de 2000.

En el proceso para la obtención de las nuevas concesiones podrán participar, sin ningún tipo de restricción, todas las personas jurídicas que cumplan con lo establecido en el artículo 33 de este decreto y con las condiciones del proceso licitatorio que para el efecto adelante el Ministerio de Comunicaciones, de conformidad con la Ley 555 de 2000, el presente decreto y, en lo no previsto, por la Ley 80 de 1993.

El plazo de la concesión para los servicios PCS según lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 555 de 2000 y el artículo 30 del Decreto 575 de 2002 es de diez años, pudiéndose prorrogar esta concesión por un período igual o menor, por solicitud del concesionario, en fecha que no será posterior al octavo año del período inicial de la concesión.

Debiendo el Concesionario en todo caso encontrarse, en la fecha de la solicitud, al día con las obligaciones que se le imponen bajo el contrato de concesión. La prórroga causará el pago del monto que determine el Ministerio de las Tic,s en el pliego de condiciones. La solicitud aquí regulada deberá ser presentada al Min- Tics antes del vencimiento del octavo año del período inicial de la concesión, quien deberá dar respuesta dentro del término legal.

El pago correspondiente se hará, a más tardar, el último día del décimo año de la concesión, so pena de caducidad. Los pagos periódicos durante la prórroga continuarán rigiéndose por lo establecido en el contrato prorrogado. En todo caso, el operador deberá estar al día con sus obligaciones, en la fecha de suscripción de la prórroga, la cual solo podrá suscribirse dentro de los tres (3) meses anteriores al

vencimiento del término inicial del contrato de concesión.

5.1. Naturaleza Jurídica de los sujetos contractuales concesionarios de prestación del servicio público de comunicación personal- PCS

Los contratos de concesión para prestar servicios PCS según el artículo 7 de la norma *Ibídem*, sólo podrán celebrarse con personas jurídicas de derecho público o con sociedades privadas o mixtas constituidas en Colombia cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios de telecomunicaciones. Estas sociedades deben ser anónimas y deben inscribir sus acciones en una de las bolsas de valores nacionales, en un plazo no mayor de tres (3) años contados a partir del perfeccionamiento del contrato de concesión, so pena de caducidad.

De igual manera es permitido a las entidades descentralizadas de cualquier orden administrativo y a las entidades descentralizadas del orden nacional, que tengan a su cargo la prestación de servicios de telecomunicaciones, participar directa o indirectamente en las sociedades mixtas.

El artículo 26 del Decreto 575 de 2002 “por el cual se reglamenta la prestación de los servicios de comunicación personal, PCS, y se dictan otras disposiciones”, señala que podrán participar en la licitación y en la subasta para todas las concesiones de servicios PCS únicamente las personas jurídicas relacionadas en los artículos 33 y 34 del presente decreto; es decir las personas jurídicas de derecho público o con sociedades privadas o mixtas constituidas en Colombia, de acuerdo con las leyes colombianas y con domicilio principal en este país, cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios de telecomunicaciones.

No obstante lo anterior, para las concesiones iniciales aplicarán los impedimentos y restricciones de que tratan los artículos 28 y 37 de este decreto, encontrándose

entonces impedidos para participar en las concesiones iniciales y en el capital de los concesionarios las siguientes personas:

1. Los concesionarios de telefonía móvil celular (TMC).
2. Los operadores nacionales de trunking.
3. Las matrices, filiales o subordinadas de uno cualquiera de los referidos en los numerales 1º y 2º anteriores.
4. Los accionistas de los concesionarios de TMC que tengan una participación, individual o conjunta de más del 30% del capital suscrito, en el capital de dichas compañías.
5. Los accionistas de los operadores nacionales de trunking que tengan una participación, individual o conjunta de más del 30% del capital suscrito, en el capital de dichas compañías, y
6. Las matrices, filiales o subordinadas de los accionistas mencionados en los numerales 4º y 5º anteriores.

Prohibiéndosele a estas personas constituirse en accionistas de los concesionarios iniciales de servicios PCS; fijando en su artículo 37 el régimen de participación en el capital de empresas prestadoras de servicios de TMC o trunking nacional, señalando al respecto que los concesionarios de servicios PCS, sus empresas filiales, matrices o subordinadas; los accionistas de los concesionarios de servicios PCS, las empresas matrices, filiales o subordinadas de dichos accionistas, no podrán adquirir más del treinta por ciento (30%) del capital social de un concesionario de TMC que preste servicios dentro de la misma área o de un operador nacional de trunking durante los primeros tres (3) años de concesión para la prestación de los servicios

de PCS. Restricción que aplica únicamente en las concesiones iniciales.

En desarrollo de lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 555 de 2000, los beneficiarios reales tampoco podrán ser o constituirse en accionistas de los concesionarios iniciales de los servicios de comunicación personal, PCS. Estas restricciones o limitaciones dejarán de tener efecto una vez concluido el tercer año de las concesiones iniciales, contados a partir del perfeccionamiento del primer contrato celebrado.

5.2. Obligaciones de los contratistas concesionarios

Los concesionarios de los servicios PCS de acuerdo a lo señalado en los artículos 35 y subsiguientes del Decreto reglamentario 575 de 2002, todos los concesionarios de los servicios PCS se ceñirán a la normatividad y, entre otros, a los planes técnicos básicos, que adopten las autoridades competentes durante todo el plazo de la concesión. De acuerdo con la ley, en los contratos de concesión se establecerá que su ejecución y resultados serán por cuenta y riesgo del concesionario. En consecuencia, los riesgos comerciales, técnicos, financieros y administrativos de la concesión correrán por cuenta exclusiva de los concesionarios, al igual que los que se deriven de cambios de legislación, sin perjuicio de las acciones que puedan derivarse por daño antijurídico.

Así mismo, los concesionarios de PCS se someterán a las normas de competencia vigentes durante el plazo de su concesión. Adicionalmente, a la terminación de la concesión, estarán sujetos a observar aquellas normas de competencia que les sean aplicables después de la terminación, según la ley y el contrato de concesión.

Los concesionarios de servicios PCS, sus empresas filiales, matrices o subordinadas; los accionistas de los concesionarios de servicios PCS, las empresas

matrices, filiales o subordinadas de dichos accionistas, no podrán adquirir más del treinta por ciento (30%) del capital social de un concesionario de TMC que preste servicios dentro de la misma área o de un operador nacional de trunking durante los primeros tres (3) años de concesión para la prestación de los servicios de PCS. Esta restricción aplica únicamente en las concesiones iniciales.

Las sociedades privadas o mixtas que sean concesionarias de los servicios PCS deberán inscribir sus acciones en la bolsa de valores nacional, en un plazo no mayor de tres (3) años contados a partir del perfeccionamiento del contrato de concesión. La Superintendencia de Valores vigilará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.

Los titulares de las concesiones de los servicios PCS que sean sociedades privadas o mixtas quedarán obligados a ofrecer en venta a inversionistas minoritarios al menos el 15% de las acciones en que se encuentre dividido su capital suscrito en la fecha del ofrecimiento o, si se deciden por una oferta primaria, un número de acciones nuevas que, en su conjunto, representen no menos del 15% del total del capital suscrito como si la colocación fuera exitosa en el 100%, o sea un número equivalente al 17.64705882% de las acciones suscritas al tiempo del ofrecimiento. Dicho ofrecimiento deberá efectuarse a más tardar al cuarto año contado a partir del perfeccionamiento del respectivo contrato de concesión y será realizado a través de la bolsa de valores colombiana. El ofrecimiento podrá ser efectuado a través de cualquiera de los mecanismos que, en ese entonces, estén autorizados por la legislación de valores incluyendo pero no limitado a la oferta pública de venta de acciones y, de ser el caso, con sujeción a lo dispuesto en la Ley 226 de 1995 o en las normas que la sustituyan o reformen. En el evento que la obligación aquí consagrada sea cumplida mediante una oferta primaria, el valor por acción será determinado con base en un método de valoración de empresas aceptado por la Superintendencia de Valores.

Se entenderá por inversionista minoritario a aquel que, después de aceptar el ofrecimiento, quede con una participación no mayor al medio punto porcentual (0.5%) del capital suscrito de la sociedad.

En caso de Inversión extranjera el artículo 40 del decreto 575 de 2002, de conformidad con el artículo 100 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 15 de la Ley 9ª de 1991, el artículo 6º del Decreto 2080 de 2000 y el artículo 13 de la Ley 555 de 2000, podrá haber inversión extranjera en las sociedades concesionarias de la prestación de servicios de comunicación personal, PCS, con tratamiento igual a la inversión de nacionales colombianos, mediante aportes en sociedades anónimas constituidas de conformidad con la ley y este decreto.

5.3. Pérdida del permiso para el acceso, uso y explotación del espectro electromagnético estatal

El artículo 8 de la Ley 555 de 2000, así como el artículo 31 del Decreto 575 de 2002 señalan que el operador perderá el permiso para el uso del espectro después de cinco años de otorgadas las concesiones, en aquellos municipios donde no se esté utilizando el espectro radioeléctrico asignado o no se tenga un plan de utilización para los cinco años siguientes, caso en el cual el Ministerio de Comunicaciones podrá atribuir nuevamente y reasignar el espectro para la prestación de servicios de telecomunicaciones. Sin que lo anterior exima al operador de PCS del obligatorio cumplimiento del plan mínimo de expansión de que trata el artículo 10 de la Ley 555 de 2000.

Entendiéndose que, de acuerdo a lo señalado en el párrafo del artículo 31 del decreto 575 de 2002, existe un plan de utilización del espectro cuando el concesionario haya, a más tardar dentro de los seis (6) meses inmediatamente anteriores a la finalización del 5 año de la concesión, sometido al Ministerio de

Comunicaciones un plan para cubrir dichos municipios.

5.4. Procedimiento de selección de los contratistas concesionarios de la prestación de los servicios de comunicación personal-PCS

Los contratos estatales de concesión de los servicios PCS se adjudicarán por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones mediante subasta pública, previo el trámite de licitación pública, de acuerdo a lo señalado en el artículo 9 de la ley 555 de 2000, el 41 del decreto 575 de 2002 y en lo no previsto en estos, en la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007.

Para ello el Ministerio, previo el inicio del procedimiento de contratación administrativa, informará en los medios de comunicación de amplia difusión y circulación el procedimiento para la concesión y la audiencia pública de adjudicación. Esta difusión se realizará de manera previa a la iniciación del procedimiento de selección objetiva de los concesionarios.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 42 del decreto 575 de 2002, una vez definidos los términos y condiciones del respectivo pliego de condiciones, informará a través de no menos de 2 medios de comunicación, de amplia difusión y circulación en el territorio nacional, (a) el objeto de la licitación, (b) quiénes pueden participar en la licitación (c) los aspectos principales del reglamento de la subasta, y (d) lugar, fecha y hora para la audiencia pública de adjudicación de la concesión. La apertura de cualquier licitación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 43 del decreto Ibídem, sólo podrá hacerse una vez efectuada esta publicación que, conjuntamente, deberán ser autorizadas mediante resolución motivada expedida por el Ministerio.

De conformidad con el principio de transparencia, toda la documentación relativa al proceso será pública, salvo en los casos en que haya expresa reserva legal. El

Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones informará al público los resultados parciales y finales, y cuáles proponentes cumplieron con los pliegos de condiciones; antes de efectuarse el procedimiento de subasta, en medios de comunicación de amplia circulación y difusión. De la misma manera deberá informarse y publicarse el resultado de la adjudicación.

De acuerdo a este mismo principio en la licitación y adjudicación de los contratos de concesión de licencias de servicios de comunicación personal, PCS, intervendrá transparencia internacional, directamente o a través de su filial transparencia por Colombia, y/o un organismo no gubernamental de reconocido prestigio internacional, dedicado a la lucha contra la corrupción.

La organización tendrá acceso a los documentos, aún a los reservados, y podrá asistir a las diligencias de preparación de pliegos licitatorios, evaluación de ofertas y selección de adjudicatarios. No participará en la adopción de decisiones.

5.5. De los Pliegos de Condiciones para la presentación de las ofertas, evaluación, adjudicación y celebración para la contratación por el sistema de concesión del servicio público de comunicación personal -PCS

El numeral 3 del artículo 9 de la ley 555 de 2000 y el artículo 44 del decreto 575 de 2002, indican que en los Contratos para la Prestación de Servicios PCS, los pliegos de condiciones deben ser elaborados por el Ministerio de Comunicaciones y en ellos deberá establecer las condiciones mínimas jurídicas, administrativas, técnicas, económicas y demás que estime convenientes incluyendo los planes de expansión del servicio indicados en el artículo 6º del mencionado decreto, que obligatoriamente debe cumplir cada uno de los proponentes para poder participar en el procedimiento de subasta. Permitiendo el cumplimiento de dichas condiciones únicamente el derecho de poder presentar ofertas económicas.

Entre otras, el pliego de condiciones indicará las áreas de concesión licitadas y los procedimientos y plazos para (a) la presentación de preguntas, (b) la entrega de respuestas, (c) la presentación de la documentación necesaria para evaluar la aptitud de los interesados en participar en la subasta, (d) el mecanismo de evaluación para la determinación de los interesados que calificarán para participar en la subasta, (e) la definición y comunicación a los interesados sobre el resultado de la calificación antes referida, (f) la subasta, (g) las audiencias públicas que se celebren, (h) la celebración del contrato e (i) las condiciones de operación que deben cumplir los concesionarios. En lo no previsto en la Ley 555 de 2000, el pliego de condiciones se ajustará a lo establecido en la Ley 80 de 1993 la ley 1150 de 2007 y el decreto 575 de 2002.

El Ministerio de Comunicaciones podrá, de acuerdo a lo señalado en el artículo 46 del decreto 475 de 2002, en cualquier momento del proceso licitatorio, enmendar, aclarar o complementar el pliego de condiciones al igual que prorrogar cualquiera de los términos o plazos en ellos contenidos.

5.6. Evaluación y calificación de las propuestas u ofertas

Dentro de las condiciones mínimas que deben reunir los interesados para participar en la subasta el Ministerio de Comunicaciones considerará, entre otras, la transferencia de tecnología, los ofrecimientos en investigación y desarrollo y la generación de valor agregado interno en distinta forma tales como el talento nacional, el aporte de conocimiento a centros de investigación y la producción y ensamble de piezas y partes, sin que se limite a estos aspectos.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 47 del decreto 575 de 2002, una vez surtido el procedimiento de evaluación, calificación de los interesados e información que se establezca en el pliego de condiciones, incluido el de comunicación y discusión de las evaluaciones adelantadas que ordena la Ley 80 de 1993, y antes de la fecha

señalada para que tenga lugar el procedimiento de subasta, el Ministerio de Comunicaciones informará al público cuáles proponentes quedaron habilitados para participar en la subasta, por un medio de comunicación de amplia circulación y difusión nacional.

De igual manera, de conformidad con el numeral 4 del artículo 9 de la ley 555 de 2000 y el artículo 48 del decreto 575 de 2002 de acuerdo con los términos del reglamento, el Ministerio de Comunicaciones deberá convocar por escrito dirigido a todos y cada uno de los interesados en la licitación que hayan resultado calificados para participar en la subasta, con no menos de cinco (5) días comunes de antelación, a una audiencia pública para: Explicar el contenido de la reglamentación y permitir que los interesados presenten sus observaciones.

Con base en esta audiencia, el Ministerio de las Tecnologías de información y las Comunicaciones realizará los ajustes que estime pertinentes a la reglamentación. Debiendo comunicar al público en general mediante aviso publicado en un diario de amplia circulación nacional, la fecha de celebración de esta audiencia, con no menos de tres (3) días comunes de antelación a su celebración.

5.7. Audiencia pública de subasta para la selección de la oferta mas favorable y conveniente para la administración pública concedente

Teniendo en cuenta los principios generales de contratación, enunciados en el artículo 5 de la Ley 555 de 2000, los contratos estatales de concesión de los servicios PCS se adjudican por el Ministerio mediante subasta pública, previo el trámite de licitación pública, de acuerdo con los requisitos, procedimientos y términos previstos en la ley, en el decreto 575 de 2002 y, en lo no previsto por estos, por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, o las normas que la reglamentan, sustituyan, modifiquen o adicionen. Las subastas tendrán por objeto la escogencia de los mejores postores para la prestación, por concesión, de los servicios de

comunicación personal, PCS.

De acuerdo con los términos del reglamento, el Ministerio realizará el procedimiento de subasta y de adjudicación de concesiones en audiencia pública, las cuales serán convocadas a través de medios de comunicación de amplia circulación y difusión, con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles. La audiencia será presidida por el Ministro.

En las concesiones iniciales a través de las subastas se escogerá un concesionario para cada una de las áreas oriental, occidental y Costa Atlántica sin perjuicio que en dos o más de dichas áreas resulte un mismo adjudicatario. Las áreas referidas comprenderán el mismo territorio asignado a ellas en el proceso de concesión de TMC.

Por disposición del artículo 49 del Decreto 575 de 2002 el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones informará a los proponentes y al público en general, el valor mínimo o base de cada una de las áreas a conceder, tan pronto éstos sean determinados. Para el caso de las concesiones iniciales este valor se informará respecto de cada área. Para la determinación del valor mínimo el Ministerio de Comunicaciones tendrá en cuenta las recomendaciones del comité de participación privada, CPP, integrado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Director del Departamento Nacional de Planeación. La comunicación aquí ordenada será efectuada de conformidad con lo que establezca el pliego de condiciones.

En la determinación del precio mínimo para las concesiones iniciales, el Ministerio s tendrá en cuenta el principio de equilibrio económico con los operadores de TMC. Para este propósito se tendrán en cuenta, entre otros:

a) El tamaño del mercado ofrecido a los operadores de TMC y a los de los servicios

PCS;

b) El término de exclusividad conferido a los operadores de TMC más aquel que haya cursado en exceso de dicha exclusividad;

c) El número de usuarios de la RTMC;

d) El valor inicialmente pagado por los operadores de TMC, correspondiente a lo que reste del término inicial de las concesiones;

e) El valor pagado por los operadores de TMC por la prórroga de sus contratos de concesión hasta completar el término de las concesiones iniciales;

f) Las condiciones sociales, políticas y económicas existentes al tiempo de la adjudicación de las concesiones de TMC y las que reinen al tiempo de las licitaciones para servicios PCS incluyendo el riesgo país tal como lo consideran las entidades multilaterales y los mercados internacionales;

g) Las políticas de tarifas implementadas por los operadores de TMC durante el tiempo que lleven operando;

h) Las exenciones de carácter tributario de que gozaron los operadores de TMC, e

i) Las condiciones generales del mercado de las telecomunicaciones colombianas y mundiales imperantes tanto al tiempo de adjudicación de las concesiones de TMC como en la época en que se ofrezcan las de servicios PCS. Los parámetros anteriores servirán para preservar la sana competencia referida en la Ley 555 de 2000, al igual que para la estimación de la rentabilidad de las concesiones.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 49 del decreto 475 de 2002, las subastas se

adelantarán por el sistema de rondas consecutivas dejando, entre ronda y ronda, el lapso que el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones considere conveniente para que los postores puedan considerar mejores posturas a las obtenidas en la ronda inmediatamente anterior. Las subastas no tendrán que terminar el mismo día en el cual se dé comienzo a ellas y podrán extenderse por el tiempo que sea necesario.

Las subastas terminarán con la adjudicación de la concesión una vez haya habido dos rondas consecutivas en que no se hayan recibido posturas. En el caso que se encuentren subastando varias áreas se entenderá que no hay posturas en una ronda cuando en todas las áreas se presente la falta de posturas por dos rondas consecutivas. El procedimiento y el cronograma de las subastas serán fijados por el Ministerio de las Tic,s.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 52 de la norma ibídem podrán presentarse posturas conjuntas, en cumplimiento de los principios de cobertura nacional y maximización de los ingresos de la Nación, en las concesiones iniciales y en cualesquiera otras subsiguientes cuando éstas se dividan por áreas, permitiendo a los postores presentar (i) posturas individuales para cada área, o (ii) posturas conjuntas para todas las áreas. Entendiéndose que las posturas conjuntas están sometidas, para su escogencia en caso de resultar las mejores, a la modalidad de “Todo o Nada” tal como ella se define en las normas del mercado público de valores.

Las posturas conjuntas se presentarán indicando el valor total ofrecido por todas las áreas y, con ello, aceptando que el valor ofrecido sea, para efectos de comparación, distribuido por el Ministerio de las Tic,s de conformidad con la metodología descrita en el artículo siguiente.

Para efectos de comparación, de acuerdo a lo señalado en el decreto Ibídem, el

valor de cada una de las posturas conjuntas se distribuirá por área, aplicando a cada área el porcentaje que arroje el valor de la mejor postura individual para dicha área con respecto al total de la sumatoria de la mejor postura individual de cada una de las áreas subastadas. En el evento que no haya postura individual para una o más áreas para calcular el porcentaje referido, se tomará como uno de los sumandos el valor mínimo fijado por el Ministerio de las Tics para el área correspondiente.

En caso de simultaneidad y concurrencia, cuando se estén subastando varias áreas, la adjudicación de cada área se efectuará simultáneamente con base en las mejores posturas determinadas conforme a lo indicado en los artículos anteriores.

Las subastas considerarán los principios de (i) cubrimiento nacional, es decir, que los servicios de comunicación personal, PCS, sean ofrecidos a todos los habitantes del territorio nacional que les permitan comunicarse a través de ellos no sólo con usuarios PCS en la misma área y en el resto del territorio nacional sino también con usuarios de otras redes de telecomunicaciones fijas o móviles en cualquier lugar del territorio nacional, y (ii) maximización de los ingresos de la Nación, es decir, que se reciba por las concesiones el mayor valor que el mercado esté dispuesto a pagar por ellas en la época de la concesión siempre que sea igual o superior al valor mínimo.

En el evento que en la primera ronda se reciban posturas que se encuentren en un rango igual o superior al 90% del valor mínimo, a los postores que se encuentren en esa condición se les autorizará, por una sola vez, incrementar su postura para igualar el valor mínimo y, de esta manera, continuar habilitados para participar en las demás rondas de las subastas. Lo anterior no será aplicable en el evento en que se presente un solo proponente habilitado y en este caso el proceso se declarará desierto. Para adelantar cada una de las subastas, se requerirá al menos un postor.

El decreto 575 de 2002 en su artículo 55 inciso segundo dispone que no obstante el

procedimiento de subasta, los participantes que no hayan resultado adjudicatarios mantendrán su última postura por un término no menor de 60 días comunes contados a partir de la fecha en que el adjudicatario deba suscribir el respectivo contrato. Entendiendo esta obligación como aceptada por el sólo hecho de someter postura en la subasta; disponiendo en su inciso segundo que no habrá lugar a la adjudicación y, por tanto, se declarará desierta la subasta, cuando ningún proponente haya ofertado por lo menos el valor mínimo, el cual será fijado por el Ministerio de Comunicaciones para cada una de las concesiones.

Dentro del trámite de selección y adjudicación de los contratos de concesión los proponentes deberán otorgar garantías de seriedad para sus propuestas y para tal efecto el Ministerio de las Tics,s establecerá el valor base de las mismas y podrá ordenar ampliar el plazo o el valor de las garantías en cualquier momento dentro del procedimiento de subasta.

Es importante señalar que de acuerdo con el artículo 57 del decreto 575 de 2002 , no es posible dentro de estos procesos de selección la declaratoria de urgencia, ya que por disposición de esta norma en todo caso la adjudicación de la concesión para la prestación de los servicios de comunicación personal, PCS, se hará previo el trámite del procedimiento de subasta ordenado por la Ley 555 de 2000 y, por ende, no podrá el Ministerio de Comunicaciones declarar urgencia evidente a fin de prescindir de la licitación pública correspondiente.

Así mismo es deber del Ministerio de las Tics , informar al público en general dentro del mes siguiente a la adjudicación, por un medio de comunicación de amplia circulación y difusión nacional y, si fuere el caso, en uno de amplia circulación en cada una de las áreas adjudicadas, el resultado de la adjudicación.

5.8. Contraprestaciones económicas en el contrato conmutativo estatal de concesiones para la prestación de los servicios de comunicación personal -

PCS

Los concesionarios de la prestación de servicios PCS deberán realizar un pago inicial y pagos periódicos. El pago inicial corresponde al valor que el proponente ofreció en el procedimiento de subasta y por el cual se adjudicó la concesión. En caso de prórroga del contrato de concesión, el Gobierno deberá cobrar un porcentaje del valor de la licencia inicial pagada por los operadores del PCS. El concesionario deberá pagar además las contraprestaciones periódicas establecidas en la presente ley.

Los pagos periódicos se calcularán como un porcentaje de los ingresos que reciban los operadores de sus usuarios por concepto de la prestación de estos servicios. El valor de estos pagos periódicos incluye la contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico asignado para los servicios PCS. Este porcentaje será fijado por el Gobierno Nacional de conformidad con las normas que regulan la materia. Dicho porcentaje será igual al que se establece para TMC, se calculará utilizando la misma definición de ingresos brutos contenida en los contratos de concesión de los operadores de TMC, y será pagadero a partir de la fecha de celebración del contrato de concesión, dentro de los treinta (30) días comunes siguientes al vencimiento del correspondiente período trimestral.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 32 del Decreto 575 de 2002 la concesión podrá cederse, total o parcialmente, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones, en los términos establecidos en la Ley 80 de 1993 y el Decreto-Ley 1900 de 1990. En ningún caso, el Ministerio de Comunicaciones podrá autorizar la cesión a las personas indicadas en los artículos 28 y 37 de este decreto, sino después de transcurridos tres (3) años, contados a partir de la fecha de celebración del primer contrato de las concesiones iniciales.

5.9. Adjudicación, suscripción, celebración y perfeccionamiento del contrato

de concesión para la prestación de los servicios de comunicación personal

Señala el artículo 60 del Decreto 575 de 2002 que la resolución de adjudicación será irrevocable y obliga por igual al Ministerio de Comunicaciones y al adjudicatario.

El adjudicatario está obligado a aportar los documentos y cumplir los requisitos que, según el pliego de condiciones, sean necesarios para la firma y el posterior perfeccionamiento del contrato.

Si el proponente favorecido (a) no firmare el contrato, (b) no aportare los documentos necesarios para el perfeccionamiento del mismo dentro del plazo fijado en el pliego de condiciones, o (c) no pagare el precio inicial o la parte del precio inicial a que se hubiere obligado en la oportunidad determinada por el ministerio, el Ministerio de las Tics podrá optar entre (i) abrir una nueva licitación para el área o áreas respectivas, o (ii) adjudicar, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, al proponente para la correspondiente área que hubiere efectuado la postura inmediatamente anterior a aquella con que el adjudicatario se hizo acreedor a la concesión; si tampoco fuere posible perfeccionar el contrato con este proponente dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, el Ministerio de Comunicaciones podrá adjudicarlo al proponente para la correspondiente área que hubiere efectuado la postura inmediatamente anterior a aquella con que el segundo adjudicatario se hizo acreedor a la concesión descartando las que hubieren podido quedar en ese lugar por ambos de los adjudicatarios incumplidos y así sucesivamente. En los casos de incumplimiento aquí referidos el Ministerio de las Tics hará efectiva la garantía de seriedad de la propuesta.

Hacen parte integrante del contrato de concesión para la prestación de los servicios de comunicación personal, PCS, los anexos al contrato, el pliego de condiciones y sus anexos, los documentos presentados en la propuesta, en el entendido que la interpretación se realizará en este orden.

5.10. Causales de incumplimiento grave del contrato de concesión

Por su parte el artículo 62 del decreto 575 de 2002, señala que además de las previstas especialmente en la ley y las que se prevean en el pliego de condiciones y en el contrato de concesión de los servicios de comunicación personal, PCS, son causales de incumplimiento grave del contrato de concesión y, por tanto, puedan dar origen a la declaración de caducidad del contrato de concesión en los términos y condiciones previstos en la Ley 80 de 1993, las siguientes:

- a) Para las sociedades anónimas privadas y mixtas, el no inscribir sus acciones en la bolsa de valores colombiana dentro los tres (3) años siguientes contados a partir del perfeccionamiento del contrato de concesión;
- b) El incumplimiento en el cronograma correspondiente a los planes de expansión;
- c) Por suspensión total en la prestación de los servicios, a más del 20% de los usuarios, por un término de 15 días o más, sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones o sin causa justificada;
- d) Por permitir la enajenación o efectuar la colocación de sus acciones a las personas y en contravención a lo indicado en el artículo 28 de este decreto;
- e) No cumplir con la obligación prevista en el artículo 37 de este decreto;
- f) El incumplimiento en cualquiera de los pagos establecidos en el contrato o en su prórroga.

6. Responsabilidad civil y el régimen especial de los contratos de prestación de servicios de televisión

La televisión de acuerdo a la definición dada por el artículo primero de la Ley 182 de 1995 es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta Ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política.

Técnicamente, señala el inciso segundo del mencionado artículo, es un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general o a una parte de él, que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y video en forma simultánea. Este servicio público está vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales.

Para la operación y explotación de medios masivos de televisión, por disposición del artículo 29 de ley en comento, se requiere autorización previa por parte del Estado, la cual depende de las posibilidades del espectro electromagnético, de las necesidades del servicio y de la prestación eficiente y competitiva del mismo. Una vez otorgada la concesión, el operador o el concesionario de espacios de televisión harán uso de la misma, sin permisos o autorizaciones previas. En todo caso, el servicio estará sujeto a la intervención, dirección, vigilancia y control de la Comisión Nacional de Televisión.

Por su parte, el artículo 35 de la ley 182 de 1995 define al operador como la persona jurídica pública o privada, con o sin ánimo de lucro, que utiliza directamente las frecuencias requeridas para la prestación del servicio público de televisión en cualquiera de sus modalidades, sobre un área determinada, en virtud de un título concedido por ministerio de la ley, por un contrato o por una licencia.

Siendo operadores del servicio público de televisión las siguientes personas: el Instituto Nacional de Radio y Televisión al que hace referencia la presente ley, las organizaciones regionales de televisión, actualmente constituidas y las que se constituyan en los términos de la presente Ley, las personas jurídicas autorizadas en virtud de contrato para cubrir las zonas que más adelante se describen, las organizaciones comunitarias y personas jurídicas titulares de licencias para cubrir el nivel local, y las personas autorizadas para prestar el servicio de televisión cerrada o por suscripción.

Por concesión entiende el artículo 46 de la mencionada ley que es el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la ley o por decisión reglada de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio de televisión y a acceder en la operación al espectro electromagnético atinente a dicho servicio.

6.1 Contratos de concesión para la operación y prestación de servicios de televisión

El artículo 56 de la ley 182 de 1995, modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1996 dispuso que a partir del 1º de enero de 1998, el servicio de televisión fuera prestado a nivel nacional por los canales nacionales de operación pública y por los canales nacionales de operación privada, disponiendo que los concesionarios de los canales nacionales de operación privada deberán ser Sociedades Anónimas con un mínimo de trescientos (300) accionistas. Las cuales deberán inscribir sus acciones en las Bolsas de Valores, prohibiendo a quien participe como socio en un Canal Nacional de operación privada, ser concesionario en los Canales Nacionales de operación pública, ni operador contratista de los Canales Regionales, ni operador ni contratista de estaciones locales de televisión.

Disponiendo que en aras de la democratización en el acceso al uso del espectro

electromagnético y sin perjuicio de los contratos de concesión de espacios de televisión vigentes, ningún concesionario en los Canales nacionales de operación privada o beneficiario real de la inversión de éstos en los términos del artículo 52 de la Ley 182 de 1995, podrá ser Concesionario en un nivel territorial distinto del que sea titular, ni participar directamente o como beneficiario real de la inversión en los términos mencionados, en el capital de cualquier sociedad que preste el servicio en un nivel territorial distinto del que sea titular.

De igual forma nadie podrá resultar adjudicatario de más de una concesión dentro del nivel territorial que le ha sido asignado y quien sea concesionario en una cadena no podrá serlo en otra, ni directamente ni por interpuesta persona.

6.2 Contratos de concesión para la operación, prestación y programación de espacios de televisión

El artículo 17 de la Ley 333 de 1996, dispuso que con el objeto de establecer la real y efectiva igualdad de condiciones para los concesionarios y los operadores del servicio público de televisión en los distintos niveles de cubrimiento territorial, en cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y en el acceso al espectro electromagnético, la Comisión Nacional de Televisión abrirá licitación pública para la adjudicación de los espacios de televisión pública, seis (6) meses antes de sus respectivos vencimientos.

Los concesionarios de espacios de televisión con contratos vigentes, tendrán la facultad de renunciar a la concesión que les ha sido otorgada y proceder a la terminación anticipada de los contratos sin que haya lugar a indemnización alguna por éste concepto. Los espacios respectivos serán adjudicados mediante licitación pública que abrirá la Comisión Nacional de Televisión, dentro de los tres (3) meses siguientes a dichas renunciaciones, si se dieran.

Por su parte, el párrafo de la norma en comento señala que la Comisión Nacional de Televisión deberá determinar las condiciones, requisitos, mecanismos y procedimientos que deberán cumplir los aspirantes a ser concesionarios de los espacios de televisión de que trata el presente artículo teniendo en cuenta para ello criterios que garanticen la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios de televisión y que eviten las prácticas monopolísticas, así como el aprovechamiento indebido de posiciones dominantes en el mercado.

El artículo 56 de la ley 182 de 1995 no se podrá otorgar a los concesionarios de espacios de televisión más del veinticinco por ciento (25%) ni menos del siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de horas dadas en concesión en la respectiva cadena.

6.3 Licencias para la operación y prestación de servicios de la televisión comunitaria

El artículo 47 ley 182 de 1995 dispone que los interesados en prestar el servicio de televisión en los canales comunitarios y/o locales deberán acceder a la concesión mediante el procedimiento de licitación y el de audiencia pública.

La Comisión otorgará las licencias con base en los criterios de selección objetiva previstos en la ley y con las normas que sobre el particular se expidan por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión.

7. Responsabilidad civil y régimen especial de los contratos de concesión para la prestación de servicios de transporte público

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 105 de 1993 integra el sector

Transporte, el Ministerio de Transporte, sus organismos adscritos o vinculados y la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, en cuanto estará sujeta a una relación de coordinación con el Ministerio de Transporte.

Conforman el Sistema Nacional de Transporte, para el desarrollo de las políticas de transporte, además de los organismos y entidades indicadas anteriormente, los organismos de tránsito y transporte, tanto terrestre, aéreo y marítimo e infraestructura de transporte de las entidades territoriales y demás dependencias de los sectores central o descentralizado de cualquier orden, que tengan funciones relacionadas con esta actividad.

Por su parte, el servicio de transporte público es definido por la ley en mención como una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector, en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios sujeto a una contraprestación económica y se regida por los principios de acceso al transporte, del carácter de servicio público del transporte, de la colaboración entre entidades, de la participación ciudadana, de las rutas para el servicio público de transporte de pasajeros, de la libertad de empresa, de los permisos o contratos de concesión, del transporte intermodal y de los subsidios a determinados usuarios.

El acceso al transporte implica que el usuario pueda transportarse a través del medio y modo que escoja en buenas condiciones de acceso, comodidad, calidad y seguridad; que los usuarios sean informados sobre los medios y modos de transporte que le son ofrecidos y las formas de su utilización, que las autoridades competentes diseñen y ejecuten políticas dirigidas a fomentar el uso de los medios de transporte, racionalizando los equipos apropiados de acuerdo con la demanda y propendiendo por el uso de medios de transporte masivo; que el diseño de la infraestructura de transporte, así como en la provisión de los servicios de transporte público de pasajeros, las autoridades competentes promuevan el establecimiento de las

condiciones para su uso por los discapacitados físicos, sensoriales y psíquicos.

La operación del transporte público en Colombia por ser un servicio público se encuentra bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad. Razón por la cual con el fin de garantizar su continua prestación excepcionalmente la Nación, las Entidades Territoriales, los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de cualquier orden, podrán prestar el servicio público de transporte, cuando este no sea prestado por los particulares, o se presenten prácticas monopolísticas u oligopolísticas que afecten los intereses de los usuarios. Sometiéndose a las mismas condiciones y regulaciones de los particulares.

El principio de colaboración implica que los diferentes organismos del Sistema Nacional de Transporte velarán porque su operación se funde en criterios de coordinación, planeación, descentralización y participación.

La participación ciudadana implica que todas las personas en forma directa, o a través de las organizaciones sociales, podrán colaborar con las autoridades en el control y vigilancia de los servicios de transporte y que las autoridades presten especial atención a las quejas y sugerencias que se formulen y deberán darles el trámite debido.

El transporte público opera por rutas de servicio, las cuales comprenden el trayecto entre un origen y un destino, con un recorrido determinado y unas características en cuanto a horarios, frecuencias y demás aspectos operativos. Estas rutas son fijadas previamente por la autoridad de tránsito competente y para explotarlas es necesario el otorgamiento de permisos o contratos de concesión a operadores de transporte público a particulares que no genera derechos especiales, diferentes a los estipulados en dichos contratos o permisos.

El Gobierno Nacional a través del Decreto 170 de 2001, ha establecido las condiciones para el otorgamiento de rutas para cada modo de transporte, teniendo en cuenta los estudios técnicos que se elaboren con énfasis en las características de la demanda y la oferta. El otorgamiento de rutas se podrá realizar mediante concurso, en cuyo caso se establecerán las condiciones del mismo.

En desarrollo del principio de libertad de empresa, señala la ley que para la constitución de empresas o de formas asociativas de transporte no se podrán exigir otros requisitos que los establecidos en las normas legales y en los reglamentos respectivos. Así para acceder a la prestación del servicio público, las empresas, formas asociativas de transporte y de economía solidaria deberán estar habilitadas por el Estado y para asumir esa responsabilidad, acreditarán condiciones que demuestren capacidad técnica, operativa, financiera, de seguridad y procedencia del capital aportado. Las autoridades sólo podrán aplicar las restricciones a la iniciativa privada establecidas en la Ley, que tiendan a evitar la competencia desleal, el abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado, para garantizar la eficiencia del sistema y el principio de seguridad.

El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte o sus organismos adscritos reglamentará las condiciones de carácter técnico u operativo para la prestación del servicio, con base en estudios de demanda potencial y capacidad transportadora.

En cuanto al transporte de carga será prestado por personas naturales o jurídicas debidamente autorizadas por las autoridades y el Gobierno Nacional regulará su funcionamiento. El Gobierno establecerá los lineamientos para que el transporte de carga se lleve a cabo bajo condiciones de seguridad y eficiencia. Igualmente no existirán restricciones para rutas y frecuencias, estas serán determinadas por el mercado. El Gobierno Nacional podrá establecer condiciones técnicas y de

seguridad para la prestación del servicio y su control será responsabilidad de las autoridades de tránsito.

Por otra parte, sin perjuicio de lo previsto en tratados, acuerdos o convenios de carácter internacional, la prestación del servicio de transporte público estará sujeta a la expedición de un permiso o contrato de concesión u operación por parte de la autoridad competente. Teniendo derecho a ese permiso o contrato de concesión u operación quien cumpla con las exigencias que al respecto se establezcan.

Las autoridades competentes promoverán el mejor comportamiento intermodal, favoreciendo la sana competencia entre modos de transporte, así como su adecuada complementación.

Finalmente con relación a los subsidios, permite la ley que el Gobierno Nacional, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales puedan establecer subsidios a favor de estudiantes, personas discapacitadas físicamente, de la tercera edad y atendidas por servicios de transporte indispensables, con tarifas fuera de su alcance económico. En estos casos, el pago de tales subsidios será asumido por la entidad que lo establece la cual debe estipular en el acto correspondiente la fuente presupuestal que lo financie y una forma de operación que garantice su efectividad. Los subsidios de la Nación sólo se podrán canalizar a través de transferencias presupuestales.

El servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros ya sea por carretera o colectivo, según lo señalado en los decretos 170 y 171 de 2001, es aquel que se presta bajo la responsabilidad de una empresa de transporte legalmente constituida y debidamente habilitada en ésta modalidad, a través de un contrato celebrado entre la empresa y cada una de las personas que han de utilizar el vehículo de servicio público a esta vinculado, para su traslado en una ruta legalmente

autorizada, o para recorrer total o parcialmente una o más rutas legalmente autorizadas.

El régimen de los requisitos que deben cumplir las empresas de transporte con el fin de ser habilitadas y para prestar este servicio al público se encuentra contenido en los decretos mencionados anteriormente, mediante los cuales el gobierno nacional, en uso de las precisas facultades otorgadas por el legislador en la ley 105 de 1993 reglamentó a través del Decreto 170 de 2001 el servicio público de transporte terrestre automotor colectivo metropolitano, distrital y municipal de pasajeros y a través del 171 de 2001 el servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera.

7.1 Condiciones y requisitos para obtener habilitación y prestación en la modalidad del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros metropolitano, distrital y municipal

El título II del Decreto 171 de 2001, contiene los requisitos que se deben cumplir las empresas para obtener la habilitación para prestar el servicio público de transporte terrestre colectivo de pasajeros en el radio de acción metropolitano, distrital y municipal, la cual les autoriza para prestar el servicio solamente en la modalidad solicitada.

El artículo 15 del mencionado decreto, señala que para obtener esta habilitación, las empresas deberán acreditar los siguientes requisitos, con el fin de asegurar la prestación por parte de éstas, de un servicio eficiente, seguro, oportuno y económico, bajo los criterios básicos de cumplimiento de los principios rectores del transporte, como el de la libre competencia y el de la iniciativa privada, a las cuales solamente se aplicarán las restricciones establecidas por la ley y los convenios internacionales.

- Solicitud dirigida a la autoridad de transporte competente, suscrita por el representante legal.

- Certificado de existencia y representación legal expedido con una antelación máxima de treinta (30) días hábiles, en el que se determine que dentro de su objeto social desarrolla la industria del transporte.

- Indicación del domicilio principal, señalando su dirección.

- Descripción de la estructura organizacional de la empresa relacionando la preparación especializada y/o la experiencia laboral del personal administrativo, profesional, técnico y tecnólogo contratado por la empresa.

- Certificación firmada por el representante legal sobre la existencia de los contratos de vinculación del parque automotor que no sea propiedad de la empresa. De los vehículos propios, se indicará este hecho.

- Relación del equipo de transporte propio, de socios o de terceros, con el cual prestará el servicio, con indicación del nombre y número de cédula del propietario, clase, marca, placa, modelo, número de chasis, capacidad y demás especificaciones que permitan su identificación de acuerdo con las normas vigentes.

- Descripción y diseño de los colores y distintivos de la empresa.

- Certificación suscrita por el representante legal sobre la existencia del programa y del fondo de reposición del parque automotor con que contará la empresa.

-Certificación suscrita por el representante legal sobre la existencia de programas de revisión y mantenimiento preventivo que desarrollará la empresa para los equipos con los cuales prestará el servicio.

-Estados financieros básicos certificados de los dos últimos años con sus respectivas notas. Las empresas nuevas sólo requerirán el balance general inicial.

-Declaración de renta de la empresa solicitante de la habilitación correspondiente a los dos (2) últimos años gravables anteriores a la presentación de la solicitud, si por ley se encuentra obligada a cumplirla.

-Demostración de un capital pagado o patrimonio líquido de acuerdo al valor resultante del cálculo que se haga en función de la clase de vehículo y el número de unidades fijadas en la capacidad transportadora máxima para cada uno de ellos, el cual no será inferior a trescientos (300) smmlv según la tabla contenida en el numeral 12 del artículo 15 del decreto 170 de 2001. El salario mínimo mensual legal vigente a que se hace referencia, corresponde al vigente en el momento de cumplir el requisito.

-El capital pagado o patrimonio líquido de las empresas asociativas del sector de la economía solidaria será el precisado en la legislación cooperativa, Ley 79 de 1988 y demás concordantes vigentes.

-Durante los primeros cuatro (4) meses de cada año, las empresas habilitadas ajustarán el capital o patrimonio líquido de acuerdo con la capacidad transportadora máxima con la que finalizó el año inmediatamente anterior. La habilitación para empresas nuevas no estará sujeta al análisis de los factores financieros, pero sí a la comprobación del pago del capital o patrimonio líquido.

-Copia de las pólizas de seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual exigidas en el presente decreto.

-Duplicado a carbón de la consignación a favor de la autoridad de transporte competente por el pago de los derechos que se causen debidamente registrados por la entidad recaudadora.

Los requisitos contemplados en los numerales 10, 11 y 12, por disposición del párrafo primero del artículo 15 del norma en mención, pueden ser suplidos en aquellas empresas que cuenten con revisor fiscal, con una certificación suscrita por el representante legal, el contador y el revisor fiscal de la empresa, donde conste la existencia de las declaraciones de renta y de los estados financieros con sus notas y anexos, ajustados a las normas contables y tributarias en los dos (2) últimos años y el cumplimiento del capital pagado o patrimonio líquido requerido. Con esta certificación, deberá adjuntar copia de los dictámenes e Informes y de las notas a los estados financieros, presentados a la respectiva asamblea o junta de socios, durante los mismos años.

Por otra parte las empresas nuevas que sean habilitadas para la prestación de este servicio, de acuerdo a lo señalado en el párrafo segundo de la norma *Ibídem* deberán acreditar los requisitos establecidos en los numerales 5º, 6º y 13 en un término no superior a seis (6) meses improrrogables, contados a partir de la ejecutoria de la resolución que le otorga la habilitación so pena que esta sea revocada.

Una vez presentada la solicitud de habilitación, la autoridad de transporte competente dispondrá de un término no superior a noventa (90) días hábiles para decidir., la cual deberá ser concedida o negará mediante resolución motivada en la que se especifique como mínimo el nombre, razón social o denominación, domicilio principal, capital pagado patrimonio líquido, radio de acción y modalidad de servicio;

una vez otorgada esta será indefinida mientras subsistan las condiciones exigidas y acreditadas para su otorgamiento; Sin perjuicio de las disposiciones legales contenidas en el régimen sancionatorio; pudiendo en todo caso las autoridades metropolitanas, distritales o municipales competentes en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, verificar las condiciones que dieron origen a la habilitación.

Debiendo las empresas comunicar a la autoridad todos aquellos casos de transformación, fusión, absorción, o incorporación; adjuntando para tal efecto los nuevos certificados de existencia y representación legal, con el objeto de efectuar las aclaraciones y modificaciones correspondientes. Teniendo permanentemente a disposición de la autoridad de transporte competente las estadísticas, libros y demás documentos que permitan verificar la información suministrada.

7.2 Régimen de seguros y garantías contractuales

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del decreto 171 de 2001 y lo señalado en los artículos 994 y 1003 del Código de Comercio, las empresas de transporte público colectivo terrestre automotor de pasajeros del radio de acción metropolitano, distrital y/o municipal de transporte público deberán tomar con una compañía de seguros autorizada para operar en Colombia, las pólizas de seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual que las ampare de los riesgos inherentes a la actividad transportadora, así:

-Póliza de responsabilidad civil contractual que deberá cubrir al menos, los siguientes riesgos:

-Muerte;

-Incapacidad permanente;

-Incapacidad temporal, y

-Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios.

-El monto asegurable por cada riesgo no podrá ser inferior a 60 smmlv por persona.

-Póliza de responsabilidad civil extracontractual que deberá cubrir al menos, los siguientes riesgos:

-Muerte o lesiones a una persona;

-Daños a bienes de terceros, y

-Muerte o lesiones a dos o más personas.

-El monto asegurable por cada riesgo no podrá ser inferior a 60 smmlv, por persona.

Siendo condición para la operación de los vehículos legalmente vinculados a las empresas autorizadas para la prestación del servicio en esta modalidad de transporte la vigencia de los seguros contemplados por la norma, será condición para la operación de los vehículos, debiendo la compañía de seguros que ampare a la empresa con relación a los seguros informar a la autoridad de transporte competente la terminación automática del contrato de seguros por mora en el pago de la prima o la revocación unilateral del mismo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de terminación o de revocación.

El artículo 22 del Decreto 171 de 2001, permite la constitución de fondos de responsabilidad como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados de la prestación del servicio, sin perjuicio de la obligación de obtener y mantener vigentes las pólizas de seguros señaladas en el decreto, y cuyo funcionamiento, administración, vigilancia y control será ejercido por la Superintendencia Financiera o la entidad de inspección y vigilancia que sea competente según la naturaleza jurídica del fondo.

Una vez obtenida la habilitación, su radio de acción será de carácter metropolitano,

distrital o municipal según el caso. Pudiendo adjudicarse por la autoridad competente los servicios de transporte únicamente dentro del territorio de la respectiva jurisdicción.

7.3 Adjudicación, contratación y acceso a la prestación del servicio de transporte

De acuerdo a lo señalado en el artículo 24 del decreto 171 de 2001, la prestación de este servicio público de transporte estará sujeta a la expedición de un permiso o la celebración de un contrato de concesión o de operación suscrito por la autoridad competente, como resultado de un proceso licitatorio efectuado en las condiciones establecidas previamente en los pliegos de condiciones de conformidad con la Ley y el reglamento.

La continuidad de la prestación del servicio en las rutas y frecuencias autorizadas a las empresas de transporte con licencia de funcionamiento vigente a la fecha de expedición del Decreto 171 de 2001, estará sujeta a la obtención de la habilitación en los términos establecidos en el artículo 14 del mismo. Este permiso para prestar el servicio público de transporte es revocable y obliga a su beneficiario a cumplir las condiciones establecidas en el acto que las concedió.

Las rutas y frecuencias a servir se adjudicarán por un término no mayor de cinco (5) años. En los términos de referencia del concurso se establecerán objetivos de calidad y excelencia en el servicio, que en caso de ser cumplidos por la empresa le permitan prorrogar de manera automática y por una sola vez el permiso hasta por el término inicialmente adjudicado.

Los objetivos de calidad y excelencia estarán determinados por parámetros como la disminución de la edad del parque automotor, la optimización de los equipos de

acuerdo con la demanda, la utilización de tecnologías limpias y otros parámetros que contribuyan a una mejora sustancial en la calidad y nivel de servicio inicialmente fijados.

La autorización para la prestación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros del radio de acción metropolitano, distrital y municipal en una ruta o sistema de rutas será el resultado de una licitación pública, en la que se garantice la libre concurrencia y la iniciativa privada para la creación de nuevas empresas. Debiendo la respectiva autoridad, por disposición del artículo 27 de la norma ibídem, determinar las medidas conducentes a satisfacer las necesidades insatisfechas de movilización; adelantando para el efecto los estudios que determinen la demanda de movilización, realizados o contratados por la autoridad competente. Hasta tanto la Comisión de Regulación del Transporte señale las condiciones generales bajo las cuales se establezcan la demanda insatisfecha de movilización, los estudios deberán desarrollarse de acuerdo con los parámetros establecidos en la Resolución 2252 de 1999.

Cuando los estudios no los adelante la autoridad de transporte competente serán elaborados por universidades, centros de consulta del Gobierno Nacional y consultores especializados en el área de transporte, que cumplan los requisitos señalados para el efecto por la Comisión de Regulación del Transporte.

7.4. Adjudicación de rutas y frecuencias en el servicio básico

Una vez cumplido el trámite señalado anteriormente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 Ibídem y subsiguientes, la autoridad de transporte competente ordenará iniciar el trámite licitatorio, el cual deberá estar precedido del estudio y de los términos de referencia correspondientes; lo cuales deben establecer los aspectos relativos al objeto de la licitación, fecha y hora de apertura y cierre,

requisitos que deberán llenar los proponentes, tales como: las rutas disponibles, frecuencias, clase y número de vehículos, nivel de servicio, determinación y ponderación de los factores para la evaluación de las propuestas, término para comenzar a prestar el servicio, su regulación jurídica, derechos y obligaciones de los adjudicatarios y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas y claras.

Los términos de referencia deberán establecer un plazo de duración del permiso, contrato de operación o concesión y las condiciones de calidad y excelencia en que se prestará el servicio.

7.5 Evaluación de las propuestas u ofertas

La evaluación de las propuestas se hará en forma integral y comparativa, teniendo en cuenta los factores de calificación que para el efecto señale la Comisión de Regulación del Transporte. Estimulando la constitución de cooperativas, de acuerdo con la Ley 79 de 1988, de aquellas que tengan por objeto la prestación del servicio público de transporte, dando prelación en la asignación de servicios cuando se encuentren en igualdad de condiciones con otras empresas interesadas.

Con relación al procedimiento para la adjudicación el artículo 30 *Ibíd*em, hasta que la Comisión de Regulación del Transporte determine otro procedimiento para la adjudicación de rutas y horarios la autoridad de transporte competente atenderá el siguiente:

-Determinación de las necesidades del servicio por parte de la autoridad de transporte competente.

-Apertura de licitación pública por parte de la autoridad de transporte competente.

-Adjudicación de servicios.

-La apertura de la licitación y la adjudicación de servicios se hará de conformidad con el siguiente procedimiento:

-La resolución de apertura deberá estar precedida del estudio mencionado anteriormente y de la elaboración de los términos de referencia.

-Los términos de referencia, entre otros aspectos, determinarán los relativos al objeto del concurso, requisitos que deben llenar los proponentes, plazo del concurso, las rutas, sistemas de rutas o áreas de operación disponibles, frecuencias a servir, clase y número de vehículos, nivel de servicio, reglas y criterios para la evaluación de las propuestas y el otorgamiento del permiso, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección, término para comenzar a prestar el servicio, su regulación jurídica, derechos y obligaciones de los adjudicatarios.

La evaluación de las propuestas se hará en forma integral y comparativa, teniendo en cuenta entre otros, los siguientes factores básicos de selección, definidos en el decreto 170 de 2001:

-Seguridad (50 puntos).

-Edad promedio de la clase de vehículo licitada (25 puntos).

-Sanciones impuestas y ejecutoriadas en los dos últimos años (10 puntos).

-Experiencia (10 puntos).

-Capital o patrimonio por encima de lo exigido (5 puntos)

7.6. Condiciones y requisitos para obtener habilitación y adjudicación para la prestación en la modalidad del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera

El Decreto 171 de 2001, fija el régimen a que se deben sujetar las empresas que pretendan ser habilitadas y prestadoras del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera, el cual contiene las mismas condiciones generales para la habilitación y prestación del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros metropolitano, distrital y municipal, salvo en lo dispuesto a la autoridad a la cual se dirige la solicitud de habilitación y que adelanta la adjudicación, puesto que el caso de servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera, la autoridad competente es el Ministerio de Transporte, el cual para la celebración de un contrato de concesión o de operación con la empresa debidamente habilitada que resulte adjudicataria del mismo, determinar las necesidades de movilización y las necesidades y demandas insatisfechas de movilización, ordenar el inicio, apertura y adjudicación del trámite licitatorio; evaluar la prestación del servicio de conformidad con lo establecido en el artículo 26 del Decreto 171 de 2001 y decidir si la empresa continúa o no con la prestación del servicio autorizado; hacer efectivo el valor de la garantía constituida para responder por la seriedad de la propuesta, etc.

8. Responsabilidad civil y contratos de concesión para la prestación de los servicios de puertos o actividad portuaria marítima y fluvial y el retorno de la inversión

La ley 1 de 1991, en su artículo 5, numeral define la concesión portuaria como un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos.

Entendiéndose por sociedad de puertos, como aquellas sociedades anónimas constituidas con capital privado, público, o mixto, cuyo objeto social es la inversión en construcción y mantenimiento de puertos, y su administración. Las cuales adicionalmente pueden prestar servicios de cargue y descargue, de almacenamiento en puertos, y otros servicios directamente relacionadas con la actividad portuaria.

Razón por la cual el artículo 6 de la norma mencionada, señala que sólo las sociedades portuarias podrán ser titulares de concesiones portuarias. Imponiendo que en todo caso, tanto sociedades portuarias, oficiales, particulares o mixtas, requieren de una concesión para ocupar y usar en sus actividades las playas y las zonas de bajamar y zonas accesorias de aquéllas o éstas.

La Dirección General Marítima es la encargada de otorgar las concesiones y permisos de construcción para el desarrollo de actividades marítimas no consideradas como portuarias de acuerdo con la presente Ley, por oposición a las actividades portuarias, definidas en el artículo 5 *Ibíd.* como la construcción, operación y administración de puertos, terminales portuarios; los rellenos, dragados y obras de ingeniería oceánica; y, en general, todas aquellas que se efectúan en los puertos y terminales portuarios, en los embarcaderos, en las construcciones que existan sobre las playas y zonas de bajamar, y en las orillas de los ríos donde existan instalaciones portuarias.

8.1 Contraprestación económica en el contrato conmutativo estatal de concesiones portuarias

Por su parte, el artículo 7 de la ley 1 de 1991, modificado por el artículo de la Ley 856 de 2003 señala que periódicamente el Gobierno Nacional definirá, en los planes de expansión portuaria, la metodología para calcular el valor de las contraprestaciones que deben pagar quienes obtengan una concesión o licencia portuaria, por concepto del uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público y por concepto del

uso de la infraestructura allí existente.

La misma norma establece, que las contraprestaciones por el uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público las recibirá la Nación a través del Instituto Nacional de Vías, INVÍAS, o quien haga sus veces, incorporándose a los ingresos propios de dicha entidad, y a los municipios o distritos donde opere el puerto. La proporción será: De un ochenta por ciento (80%) a la entidad Nacional, y un veinte por ciento (20%) a los municipios o distritos, destinados a inversión social. Las contraprestaciones por el uso de la infraestructura las recibirá en su totalidad el Instituto Nacional de Vías, Invías, o quien haga sus veces.

En el caso de San Andrés la contraprestación del veinte por ciento (20%) por el uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público se pagará al departamento por no existir municipio en dicha isla.

Es importante tener en cuenta que conforme lo dispone el PARÁGRAFO 1 de la norma en estudio la contraprestación que reciba la Nación por concepto de zonas de uso público e infraestructura a través del Instituto Nacional de Vías, INVÍAS, o quien haga sus veces, se destinará especialmente, no necesariamente, a la ejecución de obras y mantenimiento para la protección de la zona costera, dragado de mantenimiento y/o profundización, construcción y/o mantenimiento de estructuras hidráulicas de los canales de acceso a todos los puertos a cargo de la Nación, para el diseño, construcción, ampliación, rehabilitación y mantenimiento de las vías de acceso terrestre, férrea, acuático y fluvial a los puertos del respectivo distrito o municipio portuario y a las obras de mitigación ambiental en el área de influencia tanto marítima como terrestre, razón por la cual es importante que el ente de control dentro de los procesos de auditoría a esta clase de contratos, este atento a que las contraprestaciones recibidas sean adecuadamente destinadas al fin que especialmente ha querido darles la ley.

Para el caso del canal de acceso del Puerto de Barranquilla y sus obras complementarias, por disposición del parágrafo 2 de la norma en comento, estarán a cargo de la Nación, para lo cual podrán destinar los recursos a que se refiere el presente artículo, sin perjuicio de que otras entidades incluida Cormagdalena, concurren con financiación y realización de obras necesarias.

La obligación de que la ejecución de los recursos por percibir y los que se perciban por concepto de las contraprestaciones a que se refiere el presente artículo, se haga en una proporción igual al valor de la contraprestación aportada por cada puerto para financiar la ejecución de obras y mantenimiento para la protección de la zona costera, dragado de mantenimiento y/o profundización, construcción y/o mantenimiento de estructuras hidráulicas de los canales de acceso a todos los puertos a cargo de la Nación, para el diseño, construcción, ampliación, rehabilitación y mantenimiento de las vías de acceso terrestre, férrea, acuático y fluvial a los puertos del respectivo distrito o municipio portuario y a las obras de mitigación ambiental en el área de influencia tanto marítima como terrestre.

8.2 Plazo del contrato de concesión para la prestación de servicios portuarios

De acuerdo a lo señalado en el artículo 8 de la Ley 1ª de 1991, el plazo de estas concesiones es de veinte años por regla general, puesto que las mismas pueden ser prorrogables hasta por 20 años más, o excepcionalmente por un periodo mayor cuando a juicio del Gobierno fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos; disposición que fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, en el entendido que *“cuando el Gobierno haga uso de esta facultad deberá tener en consideración, además de los parámetros establecidos en la ley, criterios objetivos que contribuyan*

a la mejor prestación de los servicios públicos portuarios”

Debiendo ser cedidas gratuitamente a la Nación en buen estado de operación todas las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente instalados en las zonas de uso público objeto de una concesión.

8.2.1 Otorgamiento de la concesión portuaria

Las concesiones portuarias conforme lo disponen los artículo 9 y siguientes de la Ley 1ª de 1991 pueden ser otorgas por petición de las personas que lo deseen o por oferta oficiosa de la Superintendencia General de Puertos.

8.2.2 Petición de concesión la concesión portuaria

El artículo 9 de la norma *Ibíd*em señala que las personas que deseen que se otorgue una concesión portuaria, harán la petición respectiva a la Superintendencia General de Puertos, la cual debe llenar los siguientes requisitos:

-Acreditar la existencia y representación legal del peticionario, si se trata de una persona jurídica. El peticionario no tiene que ser una sociedad portuaria, pero en caso de no serlo, manifestará su intención de concurrir a formar la sociedad, y acompañará documentos en donde conste la intención de los otros socios eventuales, con indicación de los aportes respectivos.

-Precisar la ubicación, linderos y extensión del terreno que se pretende ocupar con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio.

-Describir en forma general el proyecto, señalando sus especificaciones técnicas, principales modalidades de operación, y los volúmenes y clase de

carga a que se destinara.

-Informar si se prestarán o no servicios al público en general.

-Garantizar, en los términos que establezca el reglamento, que en caso de obtener la concesión, se constituirá una sociedad portuaria y que todas las obras necesarias para el cabal funcionamiento del puerto se iniciarán y terminarán en un plazo preciso. El plazo se establecerá teniendo en cuenta, entre otros factores, la posibilidad jurídica y práctica de disponer de los terrenos necesarios para hacer efectiva la concesión.

-Indicar el plazo para el que se desea la concesión.

-Acreditar que los datos a que se refieren los numerales 9.2, 9.3 y 9.4 así como el sentido general de la solicitud han sido publicados en dos días distintos, con intervalos de diez días entre cada publicación, en dos periódicos de circulación nacional, para que los terceros que tengan interés en la concesión, o que puedan ser afectados por ella, expresen sus opiniones, y hagan valer sus derechos.

Disponen los artículos 10, 11 y 12, los tramites siguientes a la solicitud, dentro de los cuales pueden intervenir terceros interesados en la concesión y deben hacer parte algunas autoridades, de esta manera una vez presentada la solicitud dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la última publicación, cualquier persona natural que acredite un interés puede oponerse a la solicitud, o presentar una petición alternativa, debiendo cumplir los mismos requisitos previstos para la solicitud original.

Transcurridos los dos meses en los cuales se pueden formular oposiciones o presentar propuestas alternativas, se abrirán públicamente los sobres que contengan

los datos confidenciales, y se citará siempre, para que expresen su opinión sobre la conveniencia y legalidad de las solicitudes, al Alcalde del Municipio o Distrito donde se pretenda desarrollar el proyecto, el Gerente General del Instituto de Desarrollo de los Recursos Renovables, a las entidades que tengan la función especial de velar por el medio ambiente en la respectiva región; al Gerente General de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia; al Director General de la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, y al Director General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Las autoridades mencionadas anteriormente tendrán un plazo de veinte días, contados a partir de la fecha en que la Superintendencia General de Puertos les envíe la citación, para emitir sus conceptos; si al cabo de ese plazo la Superintendencia General de Puertos no los hubiere recibido, continuará el procedimiento sin los que falten, y se promoverá investigación disciplinaria contra quien no haya emitido su concepto. La Superintendencia General de Puertos no está obligada a acoger los conceptos o recomendaciones que, emitan las autoridades mencionadas anteriormente.

Como resultado de la petición que dio origen al trámite administrativo señalado anteriormente, puede darse que en el evento de que la petición original y las alternativas resulten contrarias a la ley, al plan de expansión portuaria, o que tengan un impacto ambiental adverso o puedan causar un daño ecológico, u ofrezcan inconvenientes que no puedan ser remediados, la Superintendencia General de Puertos, de conformidad con lo dispuesto el artículo 12 de la norma aludida, así deberá manifestarlo en acto motivado en forma precisa que deberá ser notificado a quienes hubieren intervenido en la actuación.

De igual manera, es obligación del Superintendente General de Puertos o quien haga sus veces dentro de los cinco meses siguientes a la fecha de la solicitud inicial, el expedir una resolución en la que indique los términos en los que se otorgará la

concesión. Los cuales deben incluir los plazos, las contraprestaciones, las garantías y las demás condiciones de conservación sanitaria y ambiental, y de operación, a que debe someterse la sociedad portuaria a la que haya que otorgarse la concesión.

La resolución que aprueba la concesión se comunicará al peticionario, a las autoridades a que se refiere el artículo anterior, y a todos los intervinientes. Pudiéndose oponer a la misma dentro de los diez días siguientes a la expedición de la resolución el Alcalde del Municipio o Distrito donde se pretenda desarrollar el proyecto, el Gerente General del Instituto de Desarrollo de los Recursos Renovables, a las entidades que tengan la función especial de velar por el medio ambiente en la respectiva región; al Gerente General de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia; al Director General de la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, y al Director General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito, por motivos legales o de conveniencia, en escrito razonado dirigido al Superintendente General de Puertos.

Este consultará a las otras autoridades, y dentro de los treinta días siguientes a la presentación del escrito de oposición hará una evaluación de ella, y la presentará al Consejo Nacional de Política Económica y Social para que decida. La decisión del Consejo se expresará por medio de resolución sobre si debe continuarse o no el trámite y, en caso afirmativo sobre cuáles serán los términos de la concesión que se ofrezca.

Si la decisión del Consejo Nacional de Política Económica y Social hubiere sido la de continuar el trámite, el Superintendente General de Puertos, ofrecerá entonces, al proponente que presente la propuesta que mejor se ajuste a la conveniencia del proyecto, la posibilidad de acogerse a los términos de la concesión. Si éste no manifiesta su aceptación dentro de los diez días siguientes a la comunicación de los términos, se presumirá su rechazo y los ofrecerá a los demás, sucesivamente, teniendo en cuenta la conveniencia de las propuestas, por el mismo número de días,

contados a partir del siguiente a aquél en que se conozca o se presuma el rechazo del solicitante anterior, hasta que uno los acepte, o hasta que todos lo hayan rechazado.

En este último evento, finalizará el procedimiento administrativo que podrá iniciarse de nuevo en cualquier tiempo, cumpliendo los requisitos enunciados anteriormente.

8.2.3. Oferta oficiosa de la concesión portuaria

Para el trámite de las ofertas oficiosas, el Superintendente General de Puertos, o quien haga sus veces, de oficio, puede ofrecer al público una concesión portuaria, previa consulta de las autoridades a las que se refiere el inciso segundo del artículo 10 de la Ley 1 de 1991. Para ello publicará en dos diarios de circulación nacional, en dos días diferentes, con intervalos no mayores de 5 días entre cada publicación, los términos mínimos en los que estaría dispuesta a otorgar la concesión, y los requisitos que deban llenar y las garantías que deban constituir los interesados en recibirla.

Una vez publicados los términos de la concesión, no será posible modificar los avalúos catastrales de los predios a los que ella se refiera. Si alguna de las autoridades a las que alude el inciso segundo del artículo 10 no está conforme con las condiciones propuestas, podrá formular una oposición, que se tramitará y decidirá en la misma forma prevista para la oposición de estas autoridades frente a los proyectos que se tramiten por petición.

Las propuestas se mantendrán en secreto hasta el día en que haya de comenzar la evaluación de todas. Si no hay oposición de las autoridades o de terceros que deba ser atendida, el Superintendente General de Puertos, otorgará la concesión al proponente cuya propuesta satisfaga mejor el conjunto de los objetivos y criterios de esta Ley.

Para el otorgamiento de la concesión de conformidad con lo señalado en artículo 14 de la misma disposición, esta se deberá realizar por medio de resolución motivada a la sociedad anunciada por el solicitante favorecido, resolución en la que se indicarán con toda exactitud los límites, las características físicas y las condiciones especiales de operación del puerto que se autoriza.

En caso de que los autorizados no cumplan en los plazos previstos los requisitos necesarios para que se otorgue formalmente la concesión, caducará todo derecho a ella. Permittedose que por motivos graves que lo justifiquen, debidamente calificados por el Superintendente General de Puertos, se acepten que otras personas tomen en la sociedad que va a recibir la concesión el lugar de alguno de los socios anunciados en la solicitud, sin que sea admisible reducciones en el capital ofrecido.

8.2.4. Gestión predial de la concesión portuaria

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1 de 1991, se declara de interés público la adquisición de los predios de propiedad privada necesarios para establecer puertos, en caso de que la sociedad a la que se otorga una concesión portuaria no es dueña de tales predios, deberá iniciar conversaciones con las personas que aparezcan como titulares de derechos reales sobre ellos, para conseguir que voluntariamente los vendan o aporten a la sociedad.

Transcurridos treinta días a partir del momento en el que se comunicó a los titulares de derechos reales la intención de negociar con ellos, si la negociación no ha sido posible, se considerará fracasada y la Nación, a través del Superintendente General de Puertos, o cualquier entidad pública capacitada legalmente para ser socia de una sociedad portuaria, podrá expedir un acto administrativo y ordenar la expropiación.

Ejecutoriada el acto administrativo que ordene la expropiación, la entidad pública dispondrá de treinta días para presentar demanda de expropiación ante el Tribunal que ejerza jurisdicción en el territorio donde se encuentra el predio. Al cabo de ese término caducará la facultad de pedir judicialmente la expropiación con base en el acto administrativo mencionado.

El procedimiento de expropiación de que habla este artículo, se seguirá con arreglo a lo dispuesto en el Libro 3, Sección Primaria, Título XXIV, del Código de Procedimiento Civil, y las normas que lo complementan o sustituyan, salvo en lo siguiente:

-Con la demanda se presentarán no solo los anexos señalados por la ley, sino todos los antecedentes del acto administrativo que ordenó la expropiación.

-La entrega de los inmueble podrá ordenarse en el auto admisorio de la demanda, cuando el demandante así lo solicite, y consigne a órdenes del Tribunal, como garantía del pago de la indemnización, una suma igual al avalúo catastral vigente más un 50%. Aparte que fue declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional, en el entendido de que la voz 'tribunal', incluida en la norma, se refiere al Tribunal Contencioso Administrativo con jurisdicción en el lugar en que se encuentra el inmueble materia de expropiación.

-De la demanda se dará traslado al demandado por diez días.

-En la sentencia el Magistrado se pronunciará también sobre las pretensiones de nulidad, restablecimiento del derecho y reparación del daño .que hubieren presentado en reconvención los demandados al contestar la demanda. Si prosperare la pretensión de nulidad, se abstendrá de decretar la expropiación.

Los predios de las entidades públicas que sean necesarios para establecer puertos también podrán ser expropiados por este procedimiento, si sus representantes no desean venderlos o aportarlos voluntariamente. Pero antes de dictar el acto administrativo que ordene la expropiación será preciso que el Consejo de Política Económica y Social resuelva que esos predios no están prestando servicios, o que si lo están prestando, su uso para fines portuarios reporta mayor utilidad social.

8.2.5 Cambios en las condiciones iniciales del contrato de concesiones portuarias

Para que una sociedad portuaria pueda cambiar las condiciones en las cuales se le aprobó una concesión portuaria, de acuerdo a lo señalado en el artículo 17 de la Ley 1ª de 1991 debe obtener permiso previo y escrito de la Superintendencia General de Puertos, que sólo lo otorgará si con ello no se infiere perjuicio grave e injustificado a terceros, y si el cambio no es de tal naturaleza que desvirtúe los propósitos de competencia en los que se inspiran los procedimientos descritos en los artículos 9o., 10, 11 y 12 de la Ley. Al hacer cualquier cambio en las condiciones de la concesión podrá variarse la contraprestación que se paga a la Nación, así como el plazo.

8.2.6 Caducidad del contrato de concesiones portuarias

La Superintendencia General de Puertos podrá por deposición del artículo 17 de la misma disposición, declarar la caducidad de una concesión portuaria cuando en forma reiterada se incumplan las condiciones en las cuales se otorgó, o se desconozcan las obligaciones y prohibiciones a las cuales el concesionario está sujeto, en forma tal que se perjudique gravemente el interés público. La caducidad de una concesión portuaria se decretará mediante resolución motivada contra la cual

sólo procede recurso de reposición.

8.2.7 Contratos de concesión para la construcción, rehabilitación, mantenimiento y administración y prestación de los servicios aeroportuarios

Como servicio público a cargo del Estado es deber del mismo garantizar su prestación de conformidad con los principios enunciados en la ley 105 de 1993, la cual puso en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil quien en nombre del Estado ejerce las funciones de planeación, regulación, control y vigilancia de este servicio.

De esta manera el artículo 48 de la mencionada ley permite a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, entregar a cualquier título los aeropuertos de su propiedad a Entidades Departamentales, Municipales o asociaciones de las anteriores, para que éstas los administren en forma directa o indirecta. De igual forma permite celebrar contratos de administración, concesión o similares sobre los aeropuertos de propiedad del Fondo Aeronáutico Nacional, con entidades especializadas o con asociaciones regionales, en las cuales la participación estatal no podrá ser superior al cincuenta por ciento (50%). Los contratos que se celebren con las entidades territoriales, sus asociaciones o con las sociedades regionales podrán ser revocados unilateralmente, sin lugar a indemnización, cuando a criterio de la Aeronáutica Civil exista mal manejo en el uso, mantenimiento y operación de los bienes e instalaciones entregados; o cuando exista deficiencia administrativa en la prestación de los servicios aeroportuarios

En ejercicio de las funciones de control y vigilancia enunciadas con anterioridad, como autoridad Aeronáutica esta unidad administrativa ejerce funciones de reglamentación, control, supervisión y sanción sobre quienes presten los servicios aeroportuarios y en casos de violación a sus normas o reglamentos conserva

siempre la posibilidad de intervenirlos, pudiendo asumir directamente la prestación del servicio.

Con fundamento en lo anterior y de conformidad con el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, mediante este contrato la Aerocivil, de acuerdo a las competencias otorgadas en la ley 105 de 1993, entrega a particulares la Concesión aeropuertos, para que estos realicen por su cuenta y riesgo aquellas actividades que esta entidad resuelva conceder, como lo son su administración, operación, explotación comercial, mantenimiento, modernización, expansión y/o aquellas demás actividades que esta considere necesarias conceder para la adecuada prestación de este servicio.

8.2.8 Contratos de concesión para la construcción, mantenimiento, rehabilitación, administración y prestación de los servicios de terminales de transporte terrestres

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 105 de 1993, los terminales de transporte terrestre hacen parte de la infraestructura Distrital Municipal de transporte, de esta manera y de acuerdo a lo señalado en el artículo 19 de la norma, corresponde a estas entidades Territoriales la construcción y la conservación de estos terminales, pudiendo entregar en concesión esta labor para que particulares se encarguen de la construcción de su infraestructura y para la prestación de este servicio.

9. Responsabilidad civil y régimen especial para los contratos de concesión, construcción, rehabilitación y mantenimiento de la red vial

El artículo 30 de la ley 105 de 1993, señala que la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte,

otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial²⁶⁰.

Para el efecto, señala la mencionada ley que para la recuperación de la inversión la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes. Imponiendo a las entidades que ante la variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, les implique responsabilidad civil con derecho a repetir contra el funcionario responsable.

En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte. En aquellos proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado según lo dispone el parágrafo 1 del artículo en mención los municipios, departamentos, distritos y la nación, podrán aportar partidas presupuestales con destino a estos proyectos

Por otra parte, de acuerdo a lo señalado en el parágrafo 2 los contratos de concesión que se hayan celebrado a partir de la promulgación de la Ley 80 de 1993, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2 del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.

Bajo estos esquemas de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en

²⁶⁰ Decreto 1082 de 2015, por el cual se expide el Estatuto Reglamentario Único de los sectores administrativos regulados de planeación y de contratación pública. Ley 1508 de 2012, Decreto 1467 de 2012, Decreto 1553 de 2014, Ley 1450 de 2011, Decreto 047 de 2014, decreto Ley 4170 de 2011.

concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.

De igual manera permite en su artículo 31 permite la ley 105 de 1993 -reformada por la Ley 1682 de 2013-, que con el fin de garantizar las inversiones internas necesarias para la financiación de proyectos de infraestructura, los concesionarios, puedan titularizar los proyectos, mediante patrimonios autónomos manteniendo en todo caso la responsabilidad contractual²⁶¹.

9.1. Cláusulas unilaterales en los contratos de concesión para la construcción, rehabilitación y mantenimiento de la Red Vial

Por otra parte de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 en los contratos de concesión, frente a la aplicación de las cláusulas unilaterales para obras de infraestructura de transporte, sólo habrá lugar a la aplicación de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, mientras el concesionario cumple la obligación de las inversiones de construcción o rehabilitación, a las que se comprometió en el contrato²⁶².

²⁶¹ LEY 1682 DE 2013 (noviembre 22). *Diario Oficial No. 48.987 de 27 de noviembre de 2013*
Publicación original: Diario Oficial No. 48.982 de 22 de noviembre de 2013. Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte.

²⁶² El artículo 4º de la Ley 1682 de 2013, establece, que: La infraestructura de transporte está integrada, entre otros por: 1. La red vial de transporte terrestre automotor con sus zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio, instalaciones operativas como estaciones de pesaje, centros de control de operaciones, estaciones de peaje, áreas de servicio y atención, facilidades y su señalización, entre otras. 2. Los puentes construidos sobre los accesos viales en Zonas de Frontera. 3. Los viaductos, túneles, puentes y accesos de las vías terrestres y a terminales portuarios y aeroportuarios. 4. Los ríos, mares, canales de aguas navegables y los demás bienes de uso público asociados a estos, así como los elementos de señalización como faros, boyas y otros elementos para la facilitación y seguridad del transporte marítimo y fluvial y sistemas de apoyo y control de tráfico, sin perjuicio de su connotación como elementos de la soberanía y seguridad del Estado. 5. Los puertos marítimos y fluviales y sus vías y canales de acceso. La infraestructura portuaria, marítima y fluvial comprende las radas, fondeaderos, canales de acceso, zonas de maniobra, zonas de protección ambiental y/o explotación comercial, los muelles, espigones diques direccionales, diques de contracción y otras obras que permitan el

9.2. Garantías de ingreso como flujo financiero del proyecto concesional

Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial²⁶³.

9.3. Gestión predial directa, indirecta o mixta en la adquisición de los predios para la ejecución del contrato de concesión de infraestructura vial

mantenimiento de un canal de navegación, estructuras de protección de orillas y las tierras en las que se encuentran construidas dichas obras. 6. Las líneas férreas y la infraestructura para el control del tránsito, las estaciones férreas, la señalización y sus zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio. 7. La infraestructura logística especializada que contempla los nodos de abastecimiento mayorista, centros de transporte terrestre, áreas logísticas de distribución, centros de carga aérea, zonas de actividades logísticas portuarias, puertos secos y zonas logísticas multimodales. 8. La infraestructura aeronáutica y aeroportuaria destinada a facilitar y hacer posible la navegación aérea. 9. Los Sistemas de Transporte por Cable: teleférico, cable aéreo, cable remolcador y funicular, construidos en el espacio público y/o con destinación al transporte de carga o pasajeros. 10. La infraestructura urbana que soporta sistemas de transporte público, sistemas integrados de transporte masivo, sistemas estratégicos de transporte público y sistemas integrados de transporte público; el espacio público que lo conforman andenes, separadores, zonas verdes, áreas de control ambiental, áreas de parqueo ocasional, así como ciclorrutas, paraderos, terminales, estaciones y plataformas tecnológicas. 11. Redes de sistemas inteligentes de transporte.

²⁶³ El artículo 7 de la Ley 1682 de 2013, establece que Las entidades públicas y las personas responsables de la planeación de los proyectos de infraestructura de transporte deberán identificar y analizar integralmente durante la etapa de estructuración, la existencia en el área de influencia directa e indirecta del proyecto, los siguientes aspectos, entre otros: a) Las redes y activos de servicios públicos, los activos e infraestructura de la industria del petróleo y la infraestructura de tecnologías de la información y las comunicaciones; b) El patrimonio urbano, arquitectónico, cultural y arqueológico; c) Los recursos, bienes o áreas objeto de autorización, permiso o licencia ambiental o en proceso de declaratoria de reserva, exclusión o áreas protegidas; d) Los inmuebles sobre los cuales recaigan medidas de protección al patrimonio de la población desplazada y/o restitución de tierras, conforme a lo previsto en las Leyes 387 de 1997 y 1448 de 2011 y demás disposiciones que las modifiquen, adicionen o complementen; e) Las comunidades étnicas establecidas. f) Títulos mineros en procesos de adjudicación, otorgados, existentes y en explotación; g) Diagnóstico predial o análisis de predios objeto de adquisición.

En la adquisición de predios para la construcción de obras de infraestructura de transporte, la entidad estatal concedente de acuerdo a lo señalado en el artículo 34 podrá delegar esta función, en el concesionario o en un tercero. Los predios adquiridos figurarán a nombre de la entidad pública²⁶⁴.

²⁶⁴ El artículo 19 y siguientes de la Ley 1682 de 2013, establece: **GESTIÓN Y ADQUISICIÓN PREDIALES, GESTIÓN AMBIENTAL, ACTIVOS Y REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS, DE TIC Y DE LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO, ENTRE OTROS Y PERMISOS MINEROS Y SERVIDUMBRES. CAPITULO I.GESTIÓN Y ADQUISICIÓN PREDIAL. Artículo 19.** Definir como un motivo de utilidad pública e interés social la ejecución y/o desarrollo de proyectos de infraestructura del transporte a los que se refiere esta ley, así como el desarrollo de las actividades relacionadas con su construcción, mantenimiento, rehabilitación o mejora, quedando autorizada la expropiación administrativa o judicial de los bienes e inmuebles urbanos y rurales que se requieran para tal fin, de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política. **Artículo 20.** Artículo modificado por el artículo 2º. de la Ley 1742 de 2014. El nuevo texto es el siguiente: La adquisición predial es responsabilidad del Estado y para ello la entidad pública responsable del proyecto podrá adelantar la expropiación administrativa con fundamento en el motivo definido en el artículo anterior, siguiendo para el efecto los procedimientos previstos en las Leyes 9a de 1989 y 388 de 1997, o la expropiación judicial con fundamento en el mismo motivo, de conformidad con lo previsto en las Leyes 9ª de 1989, 388 de 1997 y 1564 de 2012. En todos los casos de expropiación, incluyendo los procesos de adquisición predial en curso, deben aplicarse las reglas especiales previstas en la presente ley. **PARÁGRAFO 1o.** La adquisición de predios de propiedad privada o pública necesarios para establecer puertos, se adelantará conforme a lo señalado en las reglas especiales de la Ley 1ª de 1991 o aquellas que la complementen, modifiquen o sustituyan de manera expresa. **PARÁGRAFO 2o.** Debe garantizarse el debido proceso en la adquisición de predios necesarios para el desarrollo o ejecución de los proyectos de infraestructura de transporte, en consecuencia, las entidades públicas o los particulares que actúen como sus representantes, deberán ceñirse a los procedimientos establecidos en la ley, respetando en todos los casos el derecho de contradicción. **ARTÍCULO 21. SANEAMIENTOS POR MOTIVOS DE UTILIDAD PÚBLICA.** La adquisición de inmuebles por los motivos de utilidad pública e interés social consagrados en las leyes gozará en favor de la entidad pública del saneamiento automático de cualquier vicio relativo a su titulación y tradición, incluso los que surjan con posterioridad al proceso de adquisición, sin perjuicio de las acciones indemnizatorias que por cualquier causa puedan dirigirse contra los titulares inscritos en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, diferentes a la entidad pública adquirente. El saneamiento automático de que trata el presente artículo será aplicable a los inmuebles adquiridos para proyectos de infraestructura de transporte, incluso antes de la vigencia de la Ley 9ª de 1989, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional en un plazo no mayor de ciento veinte (120) días calendario. **PARÁGRAFO 1o.** El saneamiento automático será invocado por la entidad adquirente en el título de tradición del dominio y será objeto de registro en el folio de matrícula correspondiente. **PARÁGRAFO 2o.** La entidad pública que decida emplear el mecanismo de saneamiento automático deberá verificar si el inmueble a adquirir se encuentra inscrito en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente creado por la Ley 1448 de 2011, a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, si existe en curso proceso judicial de restitución, así como si existen medidas de protección inscritas por la vía individual o colectiva a favor del propietario que no hayan sido levantadas, en virtud de lo previsto al efecto por la Ley 387 de 1997 y el Decreto número 2007 de 2001. En estos casos se entenderá que los propietarios carecen de la capacidad para enajenarlos voluntariamente. En los casos en que solo se encuentren solicitudes de restitución o inscripción en el Registro de Tierras Despojadas o Abandonadas procederá adelantar la expropiación y se pondrá a disposición del juez de conocimiento de estos procesos el valor de los predios en depósito judicial, para

El máximo valor a pagar por los predios o por las mejoras, lo establecerá la entidad estatal contratante, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia, o mediante avalúos comerciales que se harán por firmas afiliadas a las Lonjas de Propiedad Raíz, con base en los criterios generales que determine para el efecto el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

En caso de requerirse de expropiación administrativa, esta podrá ser decretada por el gobierno nacional, a través del Ministerio de Transporte, los Departamentos a través del Gobernador y los Municipios a través de los Alcaldes, con la debida indemnización, para la adquisición de predios destinados a obras de infraestructura

que una vez se inicie el proceso de restitución este ponga el correspondiente depósito a órdenes del juez de restitución. La inclusión del predio en los proyectos viales aprobados por el Gobierno Nacional se entenderá en los términos del artículo 72 de la Ley 1448 de 2011 como una imposibilidad jurídica para la restitución que impondrá al Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas compensar a las víctimas con un predio de similares condiciones, en el orden y lineamientos establecidos en el artículo 98 de la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios. Sin embargo, en estos casos, el pago de la compensación se realizará con cargo a los recursos que se consignen en el depósito judicial efectuado por la entidad propietaria con cargo al proyecto, en virtud del proceso de expropiación. En caso de que esté en trámite el proceso de restitución, se iniciará el proceso de expropiación, pero se esperarán los resultados del proceso de restitución para determinar a quién se consigna el valor del predio. En caso de que proceda la restitución, el valor consignado se transferirá al Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas para que compense las víctimas cuyo bien es jurídicamente imposible de restituir, en los términos previstos en el artículo 98 de la Ley 1448 de 2011 y sus normas reglamentarias. El saneamiento automático no desvirtuará las medidas de protección inscritas en el Registro Único de Tierras Despojadas con fines publicitarios a favor de los poseedores, sin embargo, la prueba se considerará constituida para los respectivos efectos en eventuales procesos de restitución que se adelanten en el futuro sobre el bien. Si el objeto de la expropiación fuere la adquisición parcial de un inmueble determinado, sujeto a los casos previstos en el presente párrafo, en el Folio de Matrícula Inmobiliaria de la parte restante que no sea objeto de adquisición, deberán mantenerse las medidas de protección inscritas. Además, teniendo en cuenta que no quedan afectos a los proyectos, procederá la restitución, siempre que se den los elementos y requisitos exigidos en la Ley 1448 de 2011. Cumplido el procedimiento especial para la adquisición de predios vinculados a la restitución de tierras o con medidas de protección, procederá el saneamiento por motivos de utilidad pública. No obstante lo anterior, la entrega anticipada de los predios la podrá solicitar la entidad responsable del proyecto de infraestructura ante el juez de conocimiento del proceso de expropiación. En cualquier caso, el juez de expropiación o el juez comisionado, durante la diligencia de entrega, deberá informar que se ha hecho la consignación del valor del predio a órdenes del juzgado de restitución. PARÁGRAFO 3o. En todo caso ningún saneamiento automático implicará el levantamiento de servidumbres de utilidad pública frente a redes y activos, ni el desconocimiento de los derechos inmobiliarios que hayan sido previamente adquiridos para el establecimiento de la infraestructura de servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias, Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la industria del Petróleo.

de transporte. Debiendo ceñirse a los requisitos señalados en las normas que regulen la materia.

9.4. Liquidación del contrato de concesión de infraestructura del Transporte

En el contrato de concesión de obras de infraestructura de transporte, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 105 quedará establecida la forma de liquidación del contrato y los derechos de las partes en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

10. Régimen especial de los contratos de obras civiles, adquisición, suministro para garantizar la seguridad aeronáutica

El artículo 38 de la Ley 80 de 1993 establece un régimen especial para las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento.

Por su parte el Artículo 54 de la Ley 105 de 1993, expresa que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, tendrá el mismo régimen de contratación Administrativa establecido para las entidades estatales que presten el servicio de telecomunicaciones, conforme a lo previsto en la Ley 80 de 1993. Este régimen especial de contratación será aplicable para obras civiles, adquisiciones, suministro y demás contratos que se requieran para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria.

El precitado Artículo 38 dispone que estas entidades determinaran las cláusulas

excepcionales que se podrán pactar en los aludidos contratos de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de ellos, así como los procedimientos y las cuantías a las cuales deben sujetarse para su celebración de conformidad con los principios de selección objetiva, transparencia economía y responsabilidad, señalados en la Ley 80 de 1993.

CUARTA PARTE

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y DAÑO PATRIMONIAL COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA ECONOMÍA DEL CONTRATO CONMUTATIVO ESTATAL

Ejercer un control efectivo a la gestión en el cumplimiento de las prestaciones en un contrato estatal, implica que este debe adelantarse en todas las fases durante el cual este desarrolla, de tal manera que este se ejerza de manera integral. Para estos efectos, resulta de gran ayuda analizar los contratos teniendo en cuenta las distintas fases durante las cuales se desarrolla el contrato; pues en cada una de las tres etapas se ejerce control sobre puntos diferentes, así como también se establecerán hallazgos que sólo pueden tener ocurrencia en una etapa determinada.

De lo anterior, tenemos que desde el punto de vista del contrato estatal los elementos de la responsabilidad civil contractual se pueden presentar en tres etapas fácilmente identificables. La primera, durante la fase precontractual; se identifican conductas, comportamiento contractuales del deudor, ya sea por acción o pro omisión que

generan detrimento patrimonial, y lo más común es que durante esta fase se identifiquen hechos jurídicos que pueden trascender a la fase precontractual de tal manera que es el punto de partida que contribuya a la configuración del daño que se ha de consolidar en la fase de ejecución contractual o postcontractual. permite el concurso de los otros.

La segunda etapa, es la contractual que inicia a partir de la celebración del contrato y de contera la responsabilidad civil contractual se originara desde el mismo momento de la suscripción del contrato y se extiende durante todo el plazo de ejecución del mismo. Así la responsabilidad civil contractual puede identificar la existencia de los elementos de la responsabilidad desde el momento mismo de la celebración del negocio jurídico estatal cuando por ejemplo el contratista se le adjudica el contrato muy a pesar de que no tiene la capacidad financiera, operativa, administrativa, organizaciones, técnicas, de experiencias. Desde luego el solo acto de celebración del contrato constituye el primer comportamiento o conducta o punto de partida para que las obras no se concluyan o se construyan de manera defectuosa, con ello la configuración del daño patrimonial y el nexo de causalidad entre la conducta y el daño.

La tercera etapa, es aquella destinada para liquidar el contrato suscrito y ponerse fin a la relación entre el particular y la administración. De esta manera, le surge la obligación a la entidad de liquidar el contrato por los medios previstos en la ley y su sola omisión genera responsabilidad, además debe tenerse en cuenta que en caso de darse la liquidación la administración reconozca a favor del contratista o por el contrario deje de reconocer a favor de la entidad obligaciones dinerarias que fácilmente generan daño patrimonial. Es así, como en este título la responsabilidad fiscal la trataremos en cada una de las tres fases del contrato, mediante los distintos sistemas de control y el establecimiento de los más comunes hallazgos identificables en la gestión contractual, de tal manera que sea un ejercicio que contribuya a que toda la el proceso contractual este acorde con los fines esenciales del Estado.

TÍTULO PRIMERO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL- CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL EN LA GESTIÓN PRE-CONTRACTUAL, DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL Y POST-CONTRACTUAL

CAPITULO PRIMERO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DAÑO PATRIMONIAL OCURRIDO DURANTE LA FASE PRE-CONTRACTUAL

SUMARIO. 1. Responsabilidad civil-contractual por infracción del deber de planeación contractual. 2.- Responsabilidad civil-contractual y principio de legalidad precontractual. 3.- Responsabilidad civil y el principio pre-contractual y el iter contractual. 4.-La responsabilidad civil- contractual y principio de libre concurrencia y de selección objetiva. 5.- La gestión precontractual de la administración pública constituye una herramienta de prevención del daño patrimonial. 5.1.-La gestión financiera precontractual de la administración pública. 5.2.- La gestión de resultados en la fase precontractual de la administración pública. 5.3.-La valoración de los costos ambientales en la fase precontractual y prevención del daño patrimonial

La celebración de los contratos estatales y por ende la inversión y gasto de los recursos público no puede estar determinada por los intereses de cada persona que tiene a cargo la ejecución del presupuesto de una entidad; sino por el contrario, esto

debe obedecer como se ha dicho tantas veces al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, pero en esta ocasión que hacer ver que para que se pueda llegar al cumplimiento de esos fines esenciales y evitar la desviación de poder y de intereses en desmedro del patrimonio público en la contratación estatal, es necesario que se cumplan una serie de requisitos previos para la celebración de los contratos como medio de ejecución del presupuesto público²⁶⁵.

1. La responsabilidad civil por infracción al principio de planeación contractual

El principio de planeación en materia de contratación estatal, se encuentra inmerso dentro del principio de economía consagrado en el artículo 25 numeral 12 del EGCAP, según el cual, con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y pliegos de condiciones²⁶⁶.

Igualmente, la resolución de apertura de un proceso de selección debe estar precedida *“de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de pre-factibilidad o factibilidad”*.

Entonces con el fin de evitar improvisación en materia de contratación estatal, las entidades públicas deben sujetarse a los principios rectores del estatuto contractual

²⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Los contratos de la administración y en especial los contratos administrativos. Madrid, Editorial Civitas. 1997. Pág. 663.

²⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Los contratos administrativos nominados de obras, servicios y suministros: Contenido, efectos y extinción.. Madrid, Editorial Civitas. 1997. Pág. 711.

y de esta manera, no adelantar procesos de selección o suscribir contratos sin contar con los suficientes estudios previos necesarios que aseguren la correcta ejecución del objeto a contratar; es decir, evitar a toda costa los mayores sobrecostos o retrasos que posteriormente serán reclamados costos financieros a favor del contratista²⁶⁷.

El incumplimiento de las anteriores obligaciones, es lo que genera la vulneración al principio de planeación, que desde el punto de vista del control fiscal implica el deber previsión de ciertos actos que deben existir de manera previa a la apertura del proceso selectivo a más aún a la suscripción y perfeccionamiento del contrato estatal²⁶⁸.

En tratándose del principio de planeación, es pertinente la elaboración de las llamadas lista de chequeos para los procesos de selección, sin que eso implique la existencia de unos requisitos taxativos para la poder adelantar el proceso para la suscripción de un contrato estatal. Lo anterior, en cuanto a los procesos de selección adelantados por las entidades estatales, pero para un debido ejercicio del control de legalidad la verificación de los requisitos previos va mucho más allá de la verificación de los requisitos para adelantar un proceso de selección²⁶⁹.

Igualmente, debemos precisar que unos serán los procedimientos administrativos ante la vía gubernativa contractual si la selección o escogencia del contratista se hace mediante licitación, selección abreviada o concurso de méritos, y otro será si el

²⁶⁷ Bogotá D.C.,

CONSEJO DE ESTADO

Subsección C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación: Demandante: Demandado: Referencia: 25000-23-26-000-1995-10866-01 (26.332)

Carlos Orlando Becerra
del Derecho.

Jurisdicción Botero, José Celestino Mutis

SALA DE L

²⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Sacrificio y Lesión del patrimonio del administrado; La responsabilidad patrimonial de la administración. Madrid, Editorial Civitas. 1997. Pág. 353.

²⁶⁹ VEDEL, GEORGES. Derecho Administrativo. La responsabilidad de la administración y sus agentes. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1980. Pág. 219.

procedimiento de escogencia es la contratación directa.

Durante la etapa precontractual, los actos administrativos que se expiden dependen de la tipología del contrato que se va a suscribir, porque serán unos procedimientos si por ejemplo, el contrato es de suministro, empréstito y otro procedimiento si el contrato es de obra pública²⁷⁰.

Veamos un contrato de construcción de obra pública, que como tipología contractual por antonomasia, reúne todos los actos administrativos habidos y por haber en la contratación estatal²⁷¹:

1.- El primer acto administrativo contractual, de carácter general que se expide en un proceso contractual es el acuerdo de los concejos municipales, distritales y las ordenanzas de las asambleas, así como los decretos que reglamentan la ley del plan

²⁷⁰ Jurisprudencia de la Sección Tercera sobre el derecho a recibir indemnización cuando se anula el acto que declara desierta una licitación o el que la adjudica incorrectamente. No obstante la nulidad decretada sobre los dos actos administrativos demandados por la parte actora, es criterio jurisprudencial reiterado que cuando se demanda la nulidad del acto de adjudicación de un contrato y se pretende, además, el restablecimiento del derecho, porque el oferente considera que su propuesta debió ser la escogida, deben acreditarse dos condiciones: i) desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo –aspecto satisfecho por la parte demandante del caso sub iudice-; y ii) demostrar que la oferta que presentó el demandante en la licitación era la mejor. Sobre estos dos aspectos, en sentencia del 11 de agosto de 2010 -exp. 19.056-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo reiteró este criterio y advirtió que para acceder a la pretensión indemnizatoria, derivada de la nulidad del acto de adjudicación, es necesario acreditar que en el proceso de selección la propuesta de oferente se desestimó aun cuando era la más favorable: “Respecto de la pretensión de pago de la totalidad de las utilidades que el actor esperaba obtener, reitera la Sala en esta ocasión que la prosperidad de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se ataca el acto administrativo de adjudicación de un contrato estatal o de declaratoria de desierto del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual, exige la comprobación de las irregularidades en su expedición y su consecuencial nulidad, así como también la demostración de que la oferta presentada por quien reclama era la mejor.” En la sentencia del 27 de enero de 2012 -exp. 19.932-, la Sala sostuvo, en armonía con muchas otras decisiones, que para acceder a la pretensión indemnizatoria por indebida adjudicación de una licitación, es necesario que la parte que se considera afectada demuestre que su oferta era la mejor, y que de no ser por la ilegalidad de la administración –que también debe probar- se le habría adjudicado.

²⁷¹ MEDINA ALCOZ, Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Thomson, CIVITAS. 2005. Pág. 378.

de desarrollo del orden nacional, departamental, distrital y municipal respectivamente.

En estos planes de desarrollo, se establecen todos los objetos de los contratos que requieren las entidades públicas, así como la disponibilidad de los recursos para financiar dichos contratos, contenidos en la parte del Plan de Desarrollo que conocemos como plan nacional departamental, distrital o municipal de inversiones públicas para la vigencia de los cuatro años constitucionales que constituyen los periodos de los gobernantes de turno.

Los actos administrativos, que expiden los gobiernos nacionales, departamentales, distritales y municipales para reglamentar la ejecución del plan de desarrollo, son actos administrativos generales y simples que formalmente se conocen como decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República, los gobernadores y alcaldes.

Los planes territoriales de desarrollo están contenidos en acuerdos distritales y municipales, así como en las ordenanzas departamentales, y son actos administrativos complejos, que deben ser aprobados por los respectivos concejos y asambleas, cuya iniciativa es de cada uno de los gobierno y debe ser discutido al menos en dos debates surtidos en días diferentes. En principio, podemos afirmar que todos los objetos de los contratos estatales, están contenidos en los respectivos planes de desarrollo, salvo a aquellos contratos que fueron suscritos con declaración de urgencia manifiesta por razones obvias, se trata de asuntos imprevisibles.²⁷²

2. Otro de los actos administrativos contractuales, son los de orden presupuestal. Estos son los decretos nacionales expedidos por el Gobierno Nacional para la liquidación de la ley de apropiaciones presupuestales para la vigencia fiscal de cada

²⁷² FARRANDO, Ismael. Contratos Administrativos. Lexis Nevis. Abeledo-Perrot. Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Buenos Aires. 2002, Pág. 127 y ss.

año. Así mismo, son actos administrativos contractuales, los acuerdos distritales y municipales y las ordenanzas de las asambleas departamentales que aprueban los presupuestos de los respectivos entes territoriales. En estos actos administrativos están contenidas las disponibilidades presupuestales para que la administración pueda suscribir los contratos financiados con cargo a esos recursos.

3. Los planes de ordenamiento territorial-POT expedidos por los concejos municipales y distritales, son actos administrativos en cuanto se encuentran contenidos en acuerdos locales, y constituyen el fundamento para la expedición de las licencias de urbanismo y de construcción de edificaciones urbanas y rurales, tanto para vivienda, comerciales y de explotaciones industriales y recreacionales.²⁷³

4. El acto administrativo a través del cual se expiden las licencias de construcción y urbanismo cuando el objeto del contrato es la construcción de obra pública de urbanismo. Las autoridades competentes para expedir este acto administrativo son aquellas que en los municipios y distritos ejercen funciones de planeación, tales como los Alcaldes, los secretarios, jefes de oficina, o directores de los departamentos administrativos de planeación municipal o distrital, pero también los curadores urbanos, en los casos en que los concejos municipales hayan reglamentado la descentralización por colaboración que se produce cuando los particulares en nombre de las autoridades de planeación expiden las licencias de construcción y urbanismo de conformidad con la Ley 388 de 1997, la Ley 9ª de 1989 y el POT.

5. Las licencias ambientales, expedidas por las Corporaciones Autónomas Regionales y demás autoridades ambientales, como acto administrativo que contiene la autorización para suscribir un contrato de obra en los casos en que la ley lo exige. Este acto administrativo, si bien es de contenido particular y concreto, puede ser demandado por cualquier persona a través de la acción de nulidad ante la jurisdicción

²⁷³ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo I. Octava Edición actualizada. LexisNexis Abeledo- Perrot. 2008. Pág. 187.

contenciosa administrativa, de conformidad con la Ley 99 de 1993.

6. Los certificados de disponibilidad presupuestal, expedidos por el funcionario de la entidad pública responsable de la ejecución presupuestal. Dicho certificado, da fe de la existencia de la disponibilidad de los recursos para financiar el futuro contrato, es decir, este certificado ampara el proceso de formación del contrato.

7. Autorización de la autoridad de hacienda nacional, departamental distrital o municipal para asumir compromisos presupuestales con cargo a vigencias fiscales futuras. Este acto administrativo, contiene la decisión del Ministro de Hacienda, del Director Nacional del Presupuesto, de los Alcaldes, Gobernadores, Secretarios de Hacienda departamentales o municipales, de autorizar al Estado para suscribir contratos para financiarlos con cargo presupuesto de vigencia fiscales futuras. Esto ocurre, cuando los contratos se ejecutan dentro de un plazo que comprende dos o mas vigencias fiscales, y el Estado no tiene el 100% de lo recursos para contratar con recursos presupuestales el objeto del contrato en una sola vigencia fiscal.

8. La autorización de los concejos municipales, distritales y de las asambleas departamentales, para que los entes territoriales suscriban contratos de empréstitos, y para enajenar los bienes inmuebles del Estado, y el patrimonio de las empresas estatales o de las mixtas donde el Estado tenga parte y para los contratos de concesión.

9. El acto administrativo, a través del cual las juntas o concejos directivos de las entidades estatales, reglamentan la competencia interna para contratar de conformidad con las cuantías que se establezcan expresadas en salarios mínimos teniendo en cuenta el presupuesto de la entidad estatal.

10. El acto administrativo a través del cual el jefe del organismo delega total o parcialmente la contratación en funcionarios de las entidades estatales del nivel

directivo.

11. El acto administrativo de anotación, inscripción en el registro de proponentes, que realizan las Cámaras de Comercio en virtud de la descentralización por colaboración.

12. El acto administrativo de cancelación de la inscripción en el registro de proponentes que expida la respectiva Cámara de Comercio.

13. El acto administrativo de anotación y registro que realizan los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, de las inhabilidades para contratar producto de una sanción de destitución o suspensión con inhabilidad especial, o de una sentencia penal, o la impuesta mediante acto administrativo por la administración contratante como consecuencia de la declaración de caducidad administrativa, o por no haber suscrito sin justa causa el contrato estatal adjudicado.

14. El acto administrativo de anotación y registro de las sanciones penales de privación de la libertad, las medidas de aseguramiento y de las sanciones accesorias de interdicción de funciones públicas impuestas por los jueces penales en el banco de la DIJIN-POLICIA NACIONAL, Cuerpo Técnico de Investigación –CTI de la Fiscalía General de la Nación, y de los servicios de inteligencia de la Policía, y los registro de informes sobre sustancias prohibidas que realiza la Dirección Nacional de Estupefacientes.

15. El acto de inscripción y registro de medidas cautelares sobre inmuebles de propiedad pública y privada, como medida que impide que el Estado pueda suscribir contratos de compraventa.

16. El acto administrativo de desafectación de bienes fiscales del Estado, como requisito previo para poderlos enajenar, es decir, el Estado solo puede vender los bienes de su propiedad que ya no requiera para su servicio, y para enajenarlos debe

desafectarlos de su contabilidad pública, es lo que coloquialmente se conoce como dar de baja.

17. El acto administrativo expedido por los concejos, juntas directivas y Consejos Superiores de Empresas Sociales del Estado-ESE, Empresas de Economía Mixta, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Instituciones Universitarias Públicas, Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que contienen los Estatutos Especiales de Contratación.

18. El acto administrativo que aprueba los manuales de procedimientos de contratación que expiden los jefes de los organismos de las entidades estatales de que habla el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

19. El acto administrativo que establece cada año el límite máximo de la menor y mínima cuantía en cada entidad pública para efectos de la contratación por selección abreviada o del procedimiento del 10% de la menor cuantía

20. El acto administrativo de los concejos y asambleas que adicionan recursos dentro de una vigencia fiscal, para ejecutarlos a través de contratos estatales.

21. Los permisos, autorizaciones de las autoridades sanitarias para la construcción de establecimientos hospitalarios, para asegurarse de que cumplan con los requerimientos de salud e higiene.

22. El estudio de oportunidad y conveniencia. Es un acto administrativo donde la administración de manera motivada justifica y expresa las razones por las cuales ha decidido iniciar un proceso selectivo de contratación.

23. Los pliegos de condiciones. Son el acto administrativo que contiene las reglas del proceso selectivo o de escogencia del contratista. Si el proceso selectivo es de

licitación pública que es la norma general, las reglas son denominadas pliego de condiciones, y si el contrato es de los denominados de consultoría, o de aquellos cuyo contratista se selecciona por adjudicación directa, las reglas del proceso de escogencia igualmente se denomina pliegos de condiciones, de conformidad con la Ley 1150 de 2007.

Son actos administrativos generales, en tanto tienen como destinatarios a un colectivo de personas indeterminadas pero determinables. Los pliegos de condiciones, mientras no se ordene la apertura del proceso de escogencia, no son propiamente actos administrativos, en cuanto son actuaciones de preparación que se denominan pre-pliegos. Es un acto administrativo que contiene la decisión de la administración, hasta el momento en que la administración ordena la apertura del proceso selectivo.²⁷⁴

24. El acto administrativo, a través del cual se establece la distribución y asignación definitiva de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

25. El acto administrativo a través del cual se decide adelantar la audiencia de aclaración de pliego, de oficio o a petición de parte.

26. El acto administrativo a través del cual se decide realizar una visita al sitio de la obra, o al lugar donde se ejecutará el contrato en el evento en que no esté prevista en los pliegos de condiciones o términos de referencia.

27. El acto administrativo general que ordena la apertura del proceso selectivo, ya sea licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada o de contratación directa.

²⁷⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. Octava Edición actualizada. LexisNexis Abeledo- Perrot. 2008. Pág. 209.

28. El acto administrativo, denominado adenda a través del cual se modifican los pliegos de condiciones.
29. El acto administrativo a través del cual se ordena la suspensión del proceso selectivo.
- 30.- El acto administrativo a través del cual se ordena la reanudación del proceso selectivo suspendido.
31. El acto administrativo a través del cual se ordena se amplían los términos del proceso selectivo o de adjudicación de la propuesta.
32. El acto administrativo que contiene la evaluación de las propuestas.
- 33.- El acto administrativo que resuelve las observaciones realizadas a las propuestas u ofertas por parte de los proponentes.
34. El acto administrativo a través del cual se adjudica el contrato estatal ya sea en licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada o contratación directa.
35. El acto administrativo que decide sobre si constituye justa causa o no las razones por las cuales el oferente adjudicatario no suscribió el contrato y mediante la cual se le impone la inhabilidad para contratar con el Estado por dicha conducta injustificada.
36. El acto administrativo que ordena la cancelación de las inhabilidades contractuales, por revocatoria directa de los actos administrativos que las imponen, o por suspensión provisional o anulación por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa.
37. El acto administrativo que declara desierta la licitación pública, el concurso de

mérito, la selección abreviada o el procedimiento de contratación directa, por las causales previstas en la ley.

38. El acto administrativo que declara la urgencia manifiesta, para suscribir excepcionalmente el contrato directamente.

39. El acto administrativo que rechaza una propuesta por las causales previstas en la ley.

40. El acto administrativo que concede una autorización o licencia para realizar una actividad, tal como los particulares que prestan los servicios de mensajería especializada, que prestan servicios públicos domiciliarios, realizan actividades de telecomunicaciones en la modalidad radio difusión sonora etc.

41. El acto administrativo que ordena la modificación o ampliación de la vigencia, plazo y cuantía de la póliza de seriedad de la oferta.

42. El acto administrativo de la Contraloría General de la República, de las contralorías departamentales, distritales y municipales, mediante el cual declara la legalidad o no de la declaración de urgencia manifiesta.

43. El acto administrativo a través del cual la administración designa a un servidor público como supervisor del contrato asignándole las funciones.

44. El acto administrativo a través del cual la administración designa a un servidor público interventor de un contrato y le asigna funciones.

La verificación de cada uno de los actos administrativos que hemos identificado, hacen que el principio de planeación del contrato estatal sea viable en la práctica evitando muy seguramente que las personas responsable de la contratación de cada

entidad incurran en posibles violaciones a la ley que serán identificadas mediante el ejercicio del control fiscal, que va a prevenir el posible daño al patrimonio del Estado, pero que en tratándose de auditorías, tendrá en cuenta las faltas cometidas por los funcionarios públicos generadoras de responsabilidad penal, disciplinarias y malas prácticas administrativas que en desarrollo de la etapa de formación del contrato resulten violatorias del principio de planeación²⁷⁵.

2. Responsabilidad civil- contractual y principio de legalidad pre-contractual

El principio de legalidad en la etapa precontractual se constituye en aquellas reglas mediante las cuales se adelanta el proceso de selección de contratista, y que también sirven como reglas que busca la transparencia en la etapa precontractual. Esas deben estar claramente identificadas en los pliegos de condiciones²⁷⁶.

En virtud del principio de transparencia anotado, se regulan reglas claras, objetivas y completas contenidas en los pliegos de condiciones que son la base de la relación contractual y aseguran la escogencia de la propuesta más favorable para la administración. Este principio lo encontramos en el numeral 5° del artículo 24 en consonancia con los artículos 26 ordinal 3°, y 30 ordinal 2° de la Ley 80 de 1993; así como también en la Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011 y el decreto 1082 de 2015 de 2008 que reglamentó parcialmente la Ley 1150 de 2007 y la Ley 80 de 1993²⁷⁷.

²⁷⁵ GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. ¿Responsabilidad patrimonial del Estado por el enriquecimiento sin causa Responsabilidad Contractual, extracontractual o fuente autónoma de las obligaciones?. Cuarta Edición. Grupo Editorial Ibáñez. 2010. Pág 545.

²⁷⁶ RUIZ ORJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Ecoe Ediciones. 2010, Pág. 47.

²⁷⁷ Jean Rivero se refiere al respecto, en Derecho Administrativo, en los siguientes términos: "... el principio, en Francia, es la sumisión de la administración a un derecho particular, diferente de aquel (sic) que rige las actividades privadas, en el sentido de que, ante problemas similares (los contratos, la responsabilidad), aporta soluciones distintas. Es lo que se quiere expresar cuando se habla de la autonomía del derecho administrativo, de su carácter derogatorio del derecho común, y cuando se opone la gestión pública a la gestión privada de la administración. "Esta solución comporta un aspecto negativo –la inaplicabilidad de las reglas del derecho privado, principalmente del Código Civil a la acción

Al principio de legalidad en la fase precontractual o formación del contrato, se le aplica principalmente el sistema de control de legalidad, sobre los pliegos de condiciones considerados la ley del contrato.

En fallo de la Sección Tercera, del 6 de abril de 1989, la Sala sostuvo:

"El pliego de condiciones, se ha señalado, recoge las condiciones jurídicas, técnicas, económicas etc., a las cuales debe sujetarse la relación contractual y, por lo mismo, no le es permitido a la Administración dejarlas de lado, con proyección liberal, en el momento en que toma la decisión de adjudicación o no el referido acto jurídico. Actuar en sentido contrario sería crear inseguridad jurídica y caos, y dejar sin protección los intereses de las partes. A través de él los distintos proponentes, apoyados en su literatura, tienen previo conocimiento de las características de la prestación de dar, hacer o no hacer que se solicita, la forma como deben cotizar, el plazo que tienen para ello y para suscribir el contrato, las garantías que deben constituirse, etc. Esta realidad jurídica explica que se llame la ley del contrato. Esto lleva a García de Enterría, a enseñar que : En cualquier caso, la puntual observancia del pliego del concurso es condición necesaria para pueda hacerse la adjudicación a favor de una oferta determinada.

administrativa- y un aspecto positivo: la originalidad de las reglas a las cuales está sometida esta acción. Estos dos aspectos se encuentran en los considerandos de la célebre sentencia Blanco, del Tribunal de Conflictos de fecha 8 de febrero de 1873 (Gr. Art., p. 5), y que ha, si no fundado, al menos consagrado el principio de la autonomía del derecho administrativo. Las fórmulas que esta sentencia aplica, al problema de la responsabilidad, pueden extenderse al conjunto de la acción administrativa: 'ésta no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular... ella tiene sus reglas propias, que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados'. "Esta autonomía no excluye la posibilidad, para el órgano que elabora la regla administrativa, de inspirarse en ciertas soluciones del derecho civil adaptándolas a las necesidades de la acción administrativa. Pero esto lo realiza con plena libertad: la autoridad del derecho privado no se extiende a la administración. "Esta solución lógica, se explica también por circunstancias históricas." –Ed. Universidad Central de Venezuela. Novena edición. Caracas. 1984. págs. 18 y 19-

Los pliegos juegan, pues, un rol fundamental en la fase previa de formación del contrato, al punto de constituir la ley de la licitación, al ser el marco regulatorio de todo el procedimiento de selección, o lo que es igual, de la etapa precontractual, comoquiera que definen los criterios de selección del contratista, con arreglo a los cuales habrá de adelantarse la correspondiente evaluación de las distintas ofertas y, dentro de ellos, obviamente debe aludirse al precio. Por manera que en principio, como lo ha dicho la Sala, las reglas que se establecen en ellos no puedan ser modificadas o alteradas caprichosa, inconsulta o arbitrariamente por la entidad licitante, en razón a que cualquier alteración posterior tanto de las reglas que rigen el procedimiento de selección, como del texto del contrato comportaría una abierta transgresión del derecho a la igualdad de los licitantes, lo mismo que de los principios de transparencia y selección objetiva.

La violación a este principio, se manifiesta en la modificación de las reglas del proceso por parte de la administración licitante de manera caprichosa, es decir, cuando para su modificación no se consultan las mismas reglas que los pliegos han prescrito. Cuando no se establecen reglas claras para la selección del contratistas, cuando en las normas contenidas en el pliego se vulnera el derecho a algún posible proponente para que presente su oferta en igualdad de condiciones y en general cualquier regla que desconozca el principio de transparencia en la fase precia o de formación del contrato²⁷⁸.

Los órganos de control fiscal, una vez evidenciados cualquier irregularidad en el proceso de selección pueden ejercer el control fiscal teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 65 del EGC y del que ya hemos hecho referencia; es decir una vez agotados los trámites de legalización del contrato. No obstante, mediante la función de advertencia, las contralorías pueden advertir a la entidad licitante sobre los posibles riesgos en la contratación, pueden realizar las sugerencias que

²⁷⁸ MENDOZA VARGAS, Janne Karime. García Echeverry, Claudia. El seguro de cumplimiento y la contratación pública. Ediciones Leyer. Bogotá. 2009. Pág 203.

consideren necesarias con el objeto de brindar mayor transparencia a los procesos de selección.

3. La responsabilidad civil y el principio de responsabilidad pre-contractual y el íter contractual

Una vez detectadas las fallas en los procesos de contratación por parte de las contrarias, estas la determinan y las clasifican en hallazgos que pueden ser disciplinarios, penales administrativos y/o fiscales. Entonces en virtud del principio de responsabilidad los funcionarios encargados de la contratación en las entidades del Estado como también aquellos que intervienen en el proceso contractual serán responsables ante las autoridades por sus acciones y omisiones, así también los serán los particulares contratistas del estado y los que participen en los procesos de contratación de conformidad con la Ley 80 y las demás disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia²⁷⁹.

Mediante el ejercicio del control fiscal, las contralorías vigilan la gestión contractual y ella se identifican las posibles faltas disciplinarias, delitos, detrimentos patrimoniales y fallas administrativas de los cuales es deber del órgano de control fiscal poner en conocimiento de la autoridad competente para que se adelanten los procesos respectivos dirigidos a determinar la responsabilidad de los intervinientes en la contratación estatal. De nada serviría la vigilancia fiscal si sólo se limitara a la identificación de hallazgos sin que se pueda tener las herramientas necesarias para procesar a las responsables y provocar las acciones correctivas necesarias que eviten que se siga lacerando el patrimonio público.

En tal sentido, las contralorías correrán traslado a la fiscalía de los hallazgos identificados que posiblemente sean constitutivos de conductas penales; así mismo

²⁷⁹ RIVERÓ ORTEGA, Ricardo. Introducción al Derecho administrativo económico. 2a Edición. Ratio Legis. 2001, Salamanca, Pág. 23 y ss.

lo harán ante la procuraduría o personerías de aquellas que puedan ser constitutivas de un ilícito disciplinario; también deberán correr traslado a oficina o dependencia al interior de la misma contraloría encargada de adelantar los procesos de responsabilidad fiscal por los posibles daños al erario público y por último en cuanto a los hallazgos administrativos, las contralorías deberán suscribir con el representante legal de entidad, en la cual se detectó la irregularidad, el respectivo plan de mejoramiento que optimice los procesos y procedimiento al interior de la entidad en busca de una mayor eficiencia de la gestión pública que redunde igualmente en la eficiencia en la ejecución del presupuesto²⁸⁰.

4. Responsabilidad civil- contractual, principio de libre concurrencia y selección objetiva

El principio de libre concurrencia en la contratación, implica un derecho de igualdad entre todos los particulares participantes en un proceso de selección, desde el mismo momento de elaboración de los pliegos de condiciones.

Mediante la función de advertencia, las contralorías pueden intervenir a fin de que en los pliegos de condiciones se garantice a todas las personas interesadas en contratar con el Estado en igualdad de condiciones, permitiendo la participación del mayor número posible de oferentes para la administración, situación que evidentemente facilita para la entidad licitante la selección de la mejor propuesta en condiciones de objetividad para la administración.

Es así como de la garantía del principio de libre concurrencia plasmado en los pliegos de condiciones, se garantiza igualmente el principio de selección objetiva, que estuvo consagrado en el artículo 29 del EGC, pero que luego fue derogado por la Ley 1150 de 2007 y específicamente el artículo 5 introdujo medidas para lograr mayor

²⁸⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano. JIMENEZ-BLANCO, A y ORTEGA ALVAREZ, L. Manual de Derecho Administrativo. Volúmen I. Ariel Derecho. Barcelona, 2001. Pág. 217.

transparencia sobre la aplicación de este principio. De esta manera, tenemos que la selección objetiva del contratista debe tener en cuenta la oferta más favorable para la entidad y esta, *“será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos”*.

De acuerdo con lo consignado anteriormente, tenemos que el principio de libre concurrencia a los procesos de selección contractuales del estado no es absoluto, por el contrario el proceso sólo es abierto a las personas que tengan posibilidades reales de ofrecer los bienes o servicio que la entidad pública pretende obtener mediante el proceso de selección²⁸¹.

Entonces, la administración para poder asegurar el cumplimiento efectivo del objeto

²⁸¹ Para Edgar González López, en El Pliego de condiciones en la contratación estatal: “Se reconoce a la administración un grado de discrecionalidad para la configuración del pliego de condiciones, con la consecuencia general de la carga de claridad que debe tener el acto orientador y regulador del proceso precontractual y contractual.” No obstante, traslada cierta responsabilidad a los proponentes en aquellos eventos en los que la entidad admite la posibilidad a los oferentes de presentar observaciones al proyecto del pliego y al pliego mismo. No obstante, señala que: “estas dos premisas han dado lugar a diferencias de criterio sobre hasta dónde llega la responsabilidad de la administración respecto de su carga de claridad en la elaboración de este documento y hasta dónde se traslada al futuro contratista, o se sana, si no presenta observaciones en el proceso precontractual, y luego en la ejecución pretende su reclamación. “Como es natural en la contratación, deben analizarse los supuestos de hecho específicos para determinar si el silencio del contratista, en la etapa de aclaraciones, puede determinar una exoneración de responsabilidad de la administración, frente a una reclamación del mismo, o si, por el contrario, debe imputarse su responsabilidad, dado el carácter unilateral del documento y acto. “Consideramos que como regla general la administración está obligada a cumplir con el deber de diligencia y de planeación para la elaboración del pliego, y es su responsabilidad que las reglas incorporadas sean claras y completas, y no podría trasladarse a los particulares u oferentes, o tampoco deducir una responsabilidad compartida, pues es de ella la carga de claridad y de consistencia sobre la determinación de la necesidad, y de sus condiciones, y de realizar los estudios previos y cumplir los requisitos necesarios que permitan iniciar el proceso de contratación con miras a su satisfacción.

a contratar, establece reglas mínimas que deben cumplir quienes deseen participar en el proceso. Lo que se quiere con este principio es que estas reglas no se encuentren direccionadas a un proponente en particular o que favorezca a cierto grupo de proponentes con mayor capacidad jurídica, económica o de experiencia. Razón por la cual las entidades en virtud del principio de libre concurrencias, sólo deben exigir las calidades mínimas que garanticen el cumplimiento efectivo del objeto del contrato que se pretende suscribir y a su valor y en virtud del principio de selección objetiva, debe escoger la propuesta que sea más favorable a los fines que la entidad pretende satisfacer con la contratación²⁸².

En aplicación de los principios orientadores de la contratación estatal, se busca identificar aquellas reglas que limitan la participación de posibles oferentes exigiendo el cumplimiento de condiciones que en nada se relaciona con el objeto del contrato a ejecutar, pues exigir las puede generar la nulidad del proceso de selección²⁸³.

²⁸² PAREJO ALFONSO, Luciano. JIMENEZ-BLANCO, A y ORTEGA ALVAREZ, L. Manual de Derecho Administrativo. Volúmen II. Ariel Derecho. Barcelona, 2001. Pág. 519.

²⁸³ En efecto, se ha entendido que el pliego de condiciones es Ley tanto en el proceso de selección como en el contrato mismo, para las partes. Por ello tiene efectos obligatorios y disciplinables en la etapa de escogencia del contratista y en la ejecución del negocio jurídico. En sentencia del 24 de julio de 2013 - exp. 25.642- la Sección Tercera, Subsección C, precisó: “En esa perspectiva, el pliego de condiciones es el acto jurídico fundamental sobre el cual gira toda la etapa de selección del contratista, es decir, la precontractual, por cuanto en el mismo se fija el objeto del contrato a suscribir, se identifica la causa del negocio jurídico, se determina el procedimiento o cauce a surtir para la evaluación objetiva y técnica de las ofertas, y se indican los plazos y términos en que se ejecutará todo el proceso que culminará con la adjudicación del contrato o con la declaratoria de desierto. Por lo tanto, el pliego de condiciones concreta o materializa los principios de planeación contractual y de transparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento (v.gr. licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, etc.), de acuerdo con el marco establecido en la ley (art. 29 de la ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, y este último, modificado por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.”

2. La gestión pre-contractual de las administraciones públicas constituye una herramienta de prevención del daño patrimonial

Como lo habíamos anotado en la primera parte, el control fiscal de gestión se encuentra encaminado al examen sobre la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.

Mediante el sistema de control de gestión, se vigila que durante el proceso de selección se cumplan los procedimientos establecidos y las etapas estrictamente necesarias para lograr la selección objetiva de la propuesta más favorable. Teniendo en cuenta que los términos establecidos en el pliego se establecerán de manera preclusiva, además del deber de aquellos responsable de la contratación de darle impulso al proceso de selección²⁸⁴.

²⁸⁴ En el mismo sentido, la Subsección C de la Sección Tercera, en sentencia del 24 de julio de 2013 - exp. 25.642- expresó: “Desde un marco negativo los pliegos de condiciones no pueden contener lo siguiente: i) fijar condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ii) establecer o prever exenciones de responsabilidad, iii) consignar reglas que induzcan a error a los proponentes, iv) consagrar reglas que permitan la presentación de ofrecimientos de extensión limitada, v) fijar reglas que dependan única y exclusivamente de la voluntad de la entidad contratante, y vi) según la ley 1150 de 2007, exigir soportes o documentación para validar la información contenida en el RUP, es decir, no se puede requerir a los proponentes que alleguen la información que avale su inscripción en el Registro Único de Proponentes. De modo que, bajo el anterior marco de exigencias, parámetros y principios, es que la entidad contratante elabora los pliegos de condiciones, sin que ello implique una estandarización de los mismos, ya que, en cada caso concreto, el objeto a contratar determinará los requisitos de la propuesta, así como los factores de calificación objetiva que permitirán seleccionar la más conveniente a la administración pública contratante. “Tratándose del pliego de condiciones, la jurisprudencia de la Corporación ha sido enfática que uno de los principales instrumentos hermenéuticos es el relacionado con el criterio teleológico, el cual puede ser apalancado con el sistemático, puesto que la administración puede, ante la advertencia de un vacío o de una contradicción, optar por la solución que más se ajuste o acomode a la finalidad que se persigue con el proceso de selección y, por lo tanto, aquella que redunde en beneficio del interés general y público. Por lo tanto, la principal herramienta exegética que existe para definir las posibles antinomias que se desprendan del pliego de condiciones es desentrañar la finalidad del mismo, para lo cual es preciso analizar en conjunto los objetivos perseguidos por la entidad en el proceso contractual, los cuales deberán estar en consonancia con el interés general.”

El control de gestión por tanto, se hace con base en los postulados del principio de economía consagrado en el artículo 25 del EGC. En ese sentido, se hace énfasis en que los trámites contractuales deben adelantarse con austeridad de medios, tiempo y gastos, impidiendo las dilaciones que retarden la ejecución de la obra o servicio o que perjudiquen los intereses del Estado o del Contratista²⁸⁵.

5.1 . La gestión financiera en la fase pre-contractual de las administraciones públicas

En el control fiscal económico y financiero durante la fase de preparación del contrato, tendremos en cuenta que las disponibilidades, registros presupuestales y contables deben estar acordes con el Estatuto Orgánico del Presupuesto y demás disposiciones en esta materia, de tal forma que se minimice el riesgo de una futura responsabilidad contractual e incluso un detrimento patrimonial. Así mismo, se debe verificar que los oferentes tengan la capacidad financiera, técnica y legal que permitan con sus propuestas cumplir el objeto y demás condiciones contractuales²⁸⁶.

Los anteriores son puntos de control, en cuanto al control financiero dentro de la fase

²⁸⁵ José Roberto Dromi, en *La licitación pública*, se refiere a la fase preparatoria del proceso de selección, en los siguientes términos: “En esta etapa se llevan a cabo los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual administrativa. Es puramente interna de la Administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes, licitadores o terceros interesados. Incluye los análisis jurídicos, contables, financieros, económicos, políticos y de factibilidad física de la obra o servicio objeto de la futura contratación, la imputación previa de conformidad al crédito presupuestario y la elaboración del pliego de condiciones. “Una vez aceptada la decisión de contratar, se realizan los proyectos técnicos, en cuanto a las ventajas, beneficios y posibilidad de realización del objeto del contrato, y económicos, respecto del costo del contrato, la existencia del crédito y su asignación presupuestaria. “Cuando la administración resuelve contratar, confecciona el pliego de condiciones, el cual constituye en realidad *‘ley de la licitación’* y, en consecuencia, la *‘ley del contrato’* toda vez que en él se especifica el objeto de la contratación y se prescriben los derechos y obligaciones del licitante y los licitadores, y los del Estado y su contratista. “La determinación de realizar el contrato y las bases y condiciones a las cuales se va a sujetar el procedimiento de selección y el posterior contrato, se plasman en el llamado a licitación, por el cual se invita a los interesados a presentar su oferta.” – Buenos Aires. segunda edición, Ediciones Ciudad Argentina. 1995. págs. 96 y 97-.

²⁸⁶ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Volúmen I, Tercera Edición. Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 2001. Pág. 457.

precontractual a tener en cuenta por los responsables de la contratación de las entidades estatales y por los órganos de control fiscal en el proceso auditor al contrato estatal.

5.2. la gestión de resultados en la fase precontractual de los contratos estatales

Las entidades estatales como fórmula de ejecución de su presupuesto, suscriben diversos tipos de contratos en busca del cumplimiento de las funciones que le han sido encomendados por mandato constitucional y legal. De esta manera, el contrato se convierte en una herramienta para el cumplimiento de los fines del Estado y en consecuencia de los resultados de la gestión adelantada por las entidades estatales. En la fase de consolidación de los contratos dependerá el cumplimiento de las metas propuestas por la administración en los planes de desarrollo²⁸⁷.

Cuando una entidad pública, de conformidad con el presupuesto asignado para determinada vigencia fiscal establece un plan de contratación que permita alcanzar las metas fijadas para cada año, lo hace en virtud del principio de planeación y de programación integral del presupuesto y que debe alojar unos resultados finales acordes con las metas trazadas.

²⁸⁷ En sentencia del 28 de junio de 2012 -exp. 22.510-, la Sección Tercera se refirió a las condiciones probatorias sine qua non, para que proceda la nulidad del acto de adjudicación y el restablecimiento del derecho, porque la oferta del demandante debió adjudicarse. En esa oportunidad la Sala sostuvo: "Cuando se demanda la nulidad del acto de adjudicación y el actor pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, deberá cumplir una doble carga probatoria, de una parte, (i) demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico, y de otra, pues no resulta suficiente que el actor alegue y ponga en evidencia la ilegalidad del acto, (ii) probar, por los medios adecuados, que su propuesta era la mejor y más conveniente para la administración..." Asimismo, en la sentencia del 3 de mayo de 1999 -exp. 12.344-, la Sección Tercera precisó: "...el éxito de la prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, depende fundamentalmente, del acreditamiento (sic) del vicio de ilegalidad de este y de la prueba que permita inferir que la propuesta del demandante, estaba emplazada y merecía ser, de acuerdo con los criterios objetivos de selección, la adjudicataria, por cumplir con todos los requisitos de los pliegos de condiciones, que para el efecto se consideran ley del procedimiento de selección.

El control de resultados, verificará que tan eficiente fue la entidad pública teniendo en cuenta el monto del presupuesto a ejecutar mediante contratos estatales y los contratos suscritos en la vigencia. Los procesos precontractuales, deben culminar con la celebración del contrato, debiendo las responsables de la contratación evitar la declaratoria de desierta de los procesos de selección de contratistas. Es del caso precisar, que la declaratoria de desierta de un proceso, no genera por si mismo detrimento patrimonial o responsabilidad disciplinaria o penal; pero si es la oportunidad para que el ente de control advierta de los posible riesgos del proceso, que pueden generar que ningún particular se sienta interesado en contratar los bienes, servicios u obrar requeridas por la administración²⁸⁸.

Lo anterior significa, que la administración debe elaborar pliegos no solamente ajustados a derechos, sino que es un reto estructurar procesos que sean atractivos por los particulares, atractivos desde el punto de vista económico y jurídico, sobretodo en aquellos proyectos de gran envergadura y que contemplen la participación de capital privado²⁸⁹.

²⁸⁸ “La carga de claridad también implica carga de la prueba respecto de obligaciones que debió cumplir la entidad y que no tiene por qué ser acreditadas por el contratista para reclamar sus derechos. La constitución de una apropiación presupuestal para amparar los pagos correspondientes al valor del contrato es una obligación de la administración y no del particular, y por lo tanto, no le corresponde a éste acreditarla para la reclamación de sus derechos.” –Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. págs. 91 a 94-

²⁸⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Volúmen II, Tercera Edición. Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 2001. Pág. 555.

5.3. La valoración de los costos ambientales en la fase precontractual y prevención del daño patrimonial

Desde la vista constitucional, el derecho de gozar de un medio ambiente sano, en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se expuso, que a Carta de derechos que se discute en la sección primera, consigna el derecho que toda persona tiene como un derecho fundamental del hombre y del medio ambiente consagrado no sólo como un problema social-de derecho social, sino como un derecho fundamental en la parte de los derechos del hombre.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-415 señaló lo siguiente: *“El derecho al medio ambiente y en general, los derechos de la llamada tercera generación, han sido concebidos como un conjunto de condiciones básicas que rodean el hombre, que circundan su vida como miembros de la comunidad y que le permiten la supervivencia biológica e individual, además de su desempeño normal y desarrollo integral en el medio social. De esta manera deben tenerse como fundamentales para la supervivencia de la especie humana”.*

Este derecho debe ser garantizado durante el crecimiento y la evolución que ha tenido el hombre de su habidad y ejercer un buen control ambiental a la gestión pública y especial en lo que concierne a la contratación estatal, implica el conocimiento de todos los elementos que hacen parte del medio ambiente y que deben ser protegidos por las autoridades administrativas.

Para la protección de este derecho, a la contraloría como ente de control le corresponde ejercer vigilancia sobre tres ejes distintos, que para el caso de la Contraloría de Bogotá D.C., sus funciones se pueden clasificar así:

Fiscalización de las autoridades ambientales del orden distrital, institutos de

investigación y demás organismos del sistema ambiental de Bogotá.

Fiscalización de todas las instituciones distritales y el actual de los servidores públicos, para que respeten la normalidad ambiental en el quehacer diario de sus responsabilidades.

Fiscalización a los particulares que manejan fondos distritales y que utilicen en su actividad económica los recursos naturales.

Por último, sobre las funciones de la contraloría en cuanto a la vigilancia de la gestión fiscal y particularmente al control fiscal ambiental es preciso señalar que el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 43 1993, establece: *“Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos”*. De tal manera, que en virtud de esta obligación establecida en la Ley, la relación costo beneficio del control fiscal será mayor si sobre este se ejerce la función de advertencia, toda vez que una vez ocasionada un daños al medio ambiente es muy difícil su recuperación, en donde no vasta una sanción al funcionario o particular encartado o el resarcimiento económico del daño causado²⁹⁰.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL DAÑO PATRIMONIAL

²⁹⁰ CONSEJO DE ESTADO
Zambrano Cetina. Bogotá D.C., nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014). Radicación No.2215
Expediente 1006-000-2014-00134-00 Referencia: Concejos municipales. Autorización al alcalde para contratar. Límites.

OCURRIDO DURANTE LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

SUMARIO. 1. El cumplimiento de los requisitos necesarios para la ejecución del contrato estatal que celebren las administraciones públicas. 2.- El daño patrimonial por incumplimiento de obligaciones en la fase de pre-construcción, construcción y de mantenimiento. 3. La responsabilidad civil y las obligaciones de resultado del contrato. 4. Responsabilidad civil y principio de legalidad durante la fase de ejecución del contrato estatal. 5. La Responsabilidad civil y el principio de la ecuación económica y financiera del contrato estatal. 6. La responsabilidad civil y el pago de prestaciones no cumplidas y en el recibo defectuoso de la prestación

Una vez suscrito el contrato estatal de conformidad con las norma establecidas durante el proceso de selección del contratista, empieza a desarrollarse la etapa destinada a obtener los bienes, servicios u obra contratada por la administración, cuyo periodo es el plazo estipulado para el cumplimiento del objeto contractual y las obligaciones derivadas del acuerdo²⁹¹.

El inicio de la fase contractual, es a partir del perfeccionamiento del contrato y se produce cuando se ha llevado a escrito todos los elementos integrantes del acuerdo y por supuesto requiere de las suscripción de las partes que intervienen en el acuerdo, imprimiendo a los contratos de la administración la característica de contratos solemnes²⁹².

El perfeccionamiento está caracterizado porque su configuración como fuente obligacional se opera a partir del momento en que las partes capaces y competentes, expresan su voluntad exentas de vicios, sobre el objeto y causa lícitos, consagrando

²⁹¹ COLOMA CHICOT, José Alberto. La Responsabilidad civil en el delito fiscal. MARCIAL PONS, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2001, Madrid, Barcelona. 2001. Pág. 241.

²⁹² Artículo 2.2.1.1.2.3.1 del Decreto 1082 de 2015, establece que los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y pago del contrato estatal es el registro presupuestal, la publicación en el SECOP, y los requisitos establecido en el pliego de condiciones para el perfeccionamiento, la ejecución y pago del contrato.

las estipulaciones que la ley contractual exige o los ordenamientos civil, comercial o especial permiten y reduciendo a escrito tal consenso sobre aquellos aspectos, con las constancias de haberse obtenido la reserva presupuestal correspondiente.

1. El cumplimiento de los requisitos necesarios para la ejecución de los contratos estatales que celebran las administraciones públicas contratantes

Ahora bien, en materia de contratos estatales, el plazo del mismo no empezara a contarse por el sólo hecho del perfeccionamiento del acuerdo entre la entidad contratante y su contratista, sino que la ejecución del mismo no podrá darse sin el cumplimiento de ciertos requisitos establecidos en la Ley. Lo anterior, permite diferenciar en materia de contratos estatales, el momento del perfeccionamiento de contrato con la ejecución del mismo²⁹³.

Así, una cosa es el perfeccionamiento del contrato, y otra muy diferente el momento a partir del cual se empieza a ejecutar las obligaciones nacidas del objeto del negocio jurídico. De esta manera, de conformidad con el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, para la ejecución del contrato se requiere²⁹⁴.

a.- Que el contratista aporte las garantías que amparen el cumplimiento, la calidad del servicio, estabilidad, prestaciones sociales de sus trabajadores, de responsabilidad civil extracontractual y de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y que existe la correspondiente aprobación por parte de la entidad

²⁹³ HOYOS GARCÍA, José Fernando; BETANCURT HINCAPIÉ; Guillermo León; GARCÉS VASQUEZ, Pablo Andrés; VELEZ RUIZ, Juan Paulo. BELTRAN BEDOYA, Juan Carlos. OROZCO MONTOYA, Rodrigo. La contratación estatal: Una visión desde el derecho privado hacia lo público. Medellín, Biblioteca Jurídica Dike. 2015. Pág. 251.

²⁹⁴ CONSEJO DE ESTADO
SUBSECCIÓN A. Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Expediente 250002326000199715374 01 (31095)
AGRARIA EN LIQUIDACIÓN
Acción CONTROVERSIA CONTRACTUALES.

contratante de dichas garantías, según la tipología del contrato celebrado²⁹⁵.

b.- Las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la

²⁹⁵ Para efectos de lo anterior, ha de ponerse de presente la existencia de dos posiciones en la jurisprudencia de la Corporación en relación con el perfeccionamiento del contrato. Por una parte, se señaló que para el perfeccionamiento del contrato estatal, es decir, para que el mismo exista, basta recorrer los supuestos indicados en el inciso 1o del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, por manera que acordado el objeto, definido el precio y elevado todo ello a escrito el contrato celebrado nacerá a la vida jurídica. A esta tesis contrasta aquella otra que asume que el perfeccionamiento del contrato estatal exige, además de las condiciones previstas en el citado inciso 1o del artículo 41, el registro presupuestal, bajo el entendido que la citada norma fue modificada por el artículo 49 de la Ley 179 de 1994 (compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, Decreto 111 de 1996), conforme con el cual para que los actos administrativos que, apropiaciones presupuestales se perfeccionen, deben contar con el mencionado registro presupuestal. De las tesis expuestas, la primera de ellas es la imperante desde el 2006, año en el que es proferida la providencia bajo el expediente 15307, en la cual se indicó: "Analizadas las pruebas obrantes en el expediente la Sala advierte que el contratista cumplió con el trámite de legalización que estaban a su cargo, cual era la constitución de las garantías. "No obra documento demostrativo del proceso de apropiación presupuestal, pero ello no permite afirmar que éste no se produjo y menos aún, que la entidad quedó exenta de cumplir las obligaciones derivadas de un contrato que celebró con el aquí demandante. "En efecto, suscrito el contrato la entidad quedaba con el deber de expedir el registro de apropiación presupuestal, conforme lo exige el inciso 2 del artículo 41 de la ley 80 de 1993. Y si no cumplió con esta obligación, mal podría invocar su propia culpa en beneficio propio. "En este punto la Sala precisa que la omisión respecto del trámite del presupuesto del contrato, traduce en el incumplimiento de una obligación de la entidad pública, que le fue impuesta por la ley (art. 41, ley 80 de 1993) y, en este caso, también por el contrato. "Cabe igualmente advertir que la ausencia de registro presupuestal no produce la inexistencia del contrato estatal, determina su inejecución, la que aunada a los perjuicios que cause al contratista, configura la responsabilidad contractual del ente público infractor. "En efecto, a diferencia de lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: 'Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.' En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución, así: 'Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.' Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de enero de 2000, expediente 14935, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Expediente 250002326000199715374 01 (31095) Actor CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN Demandado CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EN LIQUIDACIÓN – CAJANAL. Acción CONTROVERSIAS CONTRACTUALES "De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: "acuerdo sobre el objeto y la contraprestación" (elementos sustanciales) y también que "éste se eleve a escrito" (elemento formal de la esencia del contrato). "Al efecto cabe tener en lo afirmado por Marienhoff, para quien, como regla 'puede afirmarse que el contrato queda 'perfeccionado' cuando se produce el acuerdo o fusión de voluntades entre las partes'. "De conformidad con lo expuesto se tiene que, según lo previsto en la ley 80 de 1993, el contrato es perfecto cuando se han cumplido las condiciones para su existencia, esto es, al recorrer su definición, porque concurren sus elementos esenciales, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución."

contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. Es importar resaltar, que en este caso el EGC, habla de disponibilidades presupuestales, pero debe entenderse que se trata es de los registro presupuestales como método para asegurar el cumplimiento del compromiso asumido por la entidad²⁹⁶.

c.- Así mismo, es necesario que el contratista acredite que se encuentra al día en los pagos correspondientes al sistema de seguridad social en salud y de los aportes parafiscales, cuando a esto haya lugar de conformidad con el pliego, porque en ocasiones se exige que se acrediten con la presentación de la oferta, y en otras que se acrediten para suscribir el contrato, o para suscribir el acta de inicio²⁹⁷.

d.-Que se realice la publicación del respectivo contrato en los términos del parágrafo 3º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con lo estipulado en el Decreto 1082 de 2015.

Además de los requisitos antes mencionados, en los relacionado con los contratos de obra público o de infraestructura que puedan generar un impacta directo o indirecto en el medio ambiente, es necesario contar las licencias ambientales necesarias, reguladas por el artículo 49 de la Ley 99 de 1993, Decreto 1220 de 2005

La verificación de estos requisitos y demás que sean necesarios para iniciar con la

²⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 3 de febrero de 2000, expediente 10399 y del 6 de abril de 2000, expediente 12775, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Expediente 250002326000199715374 01 (31095) Actor CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN Demandado CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EN LIQUIDACIÓN – CAJANAL Acción CONTROVERSIAS CONTRACTUALES-

²⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 2006, expediente 15307, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, reiterada entre otras, en las sentencias del 7 de junio de 2007, expediente 14669, C.P. Ramiro Saavedra Becerra y del 22 de abril de 2009, expediente 29699, C.P. Enrique Gil Botero.

ejecución del objeto del contrato de conformidad con la naturaleza del mismo, son imprescindibles para que la administración pueda empezar a exigir el cumplimiento de las obligaciones al contratista, como también empezar con el cumplimiento de sus obligaciones contractuales como es el caso del giro del anticipo o pago anticipado.²⁹⁸

Es muy importante señalar que sin la verificación y cumplimiento de estos requisitos no se puede iniciar la ejecución de los contratos estatales, de conformidad con la ley y el contrato, toda vez que su incumplimiento puede generar responsabilidad civil en los representantes de la entidad contratante, en tanto por ejemplo si no existe registro presupuestal no se puede cumplir con las obligaciones de pago al contratista acreedor de esta prestación y ello genera responsabilidad para el deudor - administración pública contratante, así como también si no existe aprobación suficiente de las garantías, si ocurre el siniestro estarán desamparadas las obras y el valor o cuantificación del siniestro es el daño patrimonial acéfalo de reparación.²⁹⁹

Es así, como el retardo de la Entidad contratante v. gr. en la expedición del registro presupuestal o en la aprobación de la garantías retrasa el inicio de la ejecución del contrato y puede generar un desequilibrio económico al contratista que deberá ser reconocido por la administración sin tener el deber jurídico de soportarlo y consecuentemente un daño patrimonial al Estado, al igual que si perfeccionado el contrato la administración contratante no agiliza el proceso de legalización del mismo ocasionando que el acta de iniciación del contrato se firme por fuera del término establecido en el contrato lo cual no tendría sentido que la administración le imponga un término al contratista para aportar los documentos necesarios para iniciar el contrato y, sin embargo, sea la misma entidad la causante de que dicha suscripción

²⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de abril de 2014, expediente 29649, C.P. Hernán Andrade Rincón. Vid. en el mismo sentido: sentencias del 13 de julio de 2000, expediente 12513, C.P. María Elena Giraldo Gómez y del 10 de noviembre de 2005, expediente 13748, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²⁹⁹ SUÁREZ BELTRAN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. Pontificia Universidad Javeriana. Legis Editores, Bogotá. 2015. Pág. 213.

no se efectúe en los términos ya establecidos.

2. El daño patrimonial por incumplimiento de obligaciones en la fase de ejecución del contrato, de pre-construcción, construcción y de mantenimiento

Una vez agotados los trámites de legalización del contrato comienza formalmente a contarse el plazo del contrato para ejecutar las obligaciones, según lo ha establecido el EGCAP, a través de la suscripción del acta de inicio, de la orden del interventor, supervisor o de la Entidad pública, según lo estipule el contrato.

Lo anterior, significa que durante la ejecución del contrato estatal tanto el ente contratante, como los órganos de control, los interventores, supervisores podrán revisar todo el proceso de ejecución de la contratación. Durante esta fase los hechos y actos jurídicos que pueden dar lugar a la conducta por vía de acción u omisión a la generación de un daño patrimonial y con este, la correspondiente responsabilidad civil del deudor respecto del acreedor en cada obligación se concreta, son los siguientes³⁰⁰:

-Calidad de los bienes, obras, servicios y suministros contratados.

-Adecuado registro contable de las operaciones y bienes relacionados con el contrato.

-Consistencia de los pagos efectuados según lo pactado y los bienes, servicios, obras o suministros entregados.

³⁰⁰ SUESCUN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo I. Segunda Edición. Universidad de los Andes. Legis Editores. Bogotá, 2003. Pág. 247 y ss.

-Cumplimiento oportuno en la ejecución del contrato.

-Análisis de los costos y beneficios relacionados con la ejecución.

-Justificación de las prórrogas, adiciones y reajustes de los precios autorizados.

Cumplimiento del plan de manejo ambiental aprobado para la obra respectiva.

- Entrega de los predios
- Estado de suficiencia de los diseños y estudios técnicos
- Expedición de actos administrativos unilaterales que alteren el equilibrio del contrato.

3. La Responsabilidad civil y las obligaciones de resultado del contrato

El contrato estatal como toda forma de gestión pública, esta dirigido al cumplir con aquellos fines esenciales del Estado que han sido señalados por la constitución concretados en los planes de desarrollo nacionales y de los entes territoriales. De esta manera, cuando la administración decide adelantar un proceso contractual cualquiera que sea, este debe estar conforme a las políticas formuladas por las autoridades administrativas en desarrollo del principio de planeación³⁰¹.

Conforme a lo anterior, el contrato estatal se constituye en una herramienta para la ejecución de políticas públicas, para satisfacer necesidades públicas como también una herramienta para ejecutar el presupuesto público lo que obliga a las entidades asegurar los resultados de la gestión contractual del Estado constituyéndose la verificación de los resultados en la contratación.

³⁰¹ SUESCUN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo II. Segunda Edición. Universidad de los Andes. Legis Editores. Bogotá, 2003. Pág. 300 y ss.

En ese sentido, el estudio de resultados de la contratación estatal, establecerá sí una vez culminado el término de ejecución del contrato la administración contratante por intermedio de su contratista ha cumplido totalmente con el objeto contratado; es decir, si efectivamente la entidad contratante ha recibido los bienes o servicios contratados de conformidad con las condiciones del contrato.

Es así, como se debe establecer la finalidad del contrato y si con la ejecución del mismo se logró efectivamente atender la necesidad pública por la cual se efectuó el gasto, si los bienes, servicios u obra contratada puedan ser aprovechadas conforme fue prevista.

4. Responsabilidad civil y principio de legalidad durante la fase de ejecución del contrato estatal

Sobre el estudio de legalidad del contrato, hay que decir que en el marco regulatorio de los contrato, , según la previsión del artículo 1602 del Código Civil, al establecer que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no podrá ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales”. Es así, como tenemos que la ley del contrato son sus estipulaciones esenciales, accidentales y de naturaleza, y por tanto, las partes en su ejecución deben sujetarse a lo expresamente pactado, constituyéndose en un elemento de seguridad jurídica que otorga certeza de las obligaciones y derechos de los contratantes³⁰².

El cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor exige a las partes y al interventor durante la fase de ejecución del contrato, la revisión de todas las

³⁰² MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. TERNERA BARRIOS, Francisco. Los contratos en Derecho Privado. Legis Editores. 2007. Bogotá. Pág. 677.

cláusulas del contrato, el acuerdo en su totalidad, sobre las obligaciones y derechos de cada una de las partes, el objeto del contrato, las condiciones referente a la calidad de los bienes, servicios u obra que se contrató, el costo y el tipo de remuneración de las mismas y la forma de pago que se establezca en el contrato.

Así mismo, esta revisión implica el estudio de las cláusulas que llegaran a pactarse que resulten de un imposible cumplimiento por alguna de las partes, aquellas cláusulas que coloquen en riesgos el patrimonio público o el patrimonio privado del contratista o de terceros, que le impongan cargas adicionales que la administración no este en la obligación de soportar, y las demás que de conformidad con el numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1082 de 2015, contravengan el principio de transparencia

5. La responsabilidad civil y la ruptura de la ecuación económica y financiera del contrato estatal

Al igual que en el anterior punto, los hallazgos que se pueden identificar en el ejercicio del control económico y financiero durante la ejecución del contrato, son de orden patrimoniales. De tal manera que para identificar la calidad de la ejecución patrimonial del contrato, se hace haciendo un adecuado registro contable de las operaciones, y auditoría a los bienes y servicios incorporados en las estipulaciones del contrato, y el nivel de inversión pública y se correspondencia proporcional a los desembolsos y pagos realizados al contratistas, y las entregas tanto parciales como totales. Que los pagos que debe efectuar la administración en virtud del contrato estén en concordancia con el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC) de la entidad, la justificación de las adiciones y reajuste de los precios del contrato. Igualmente, en tratándose de contratos de concesión, podemos verificar mediante este sistema de control, que la conformación del negocio financiero de la concesión, la tasa interna de retorno, la administración pacto garantía de ingreso mínimo y la forma como afecta el patrimonio público, la posibilidad de evidenciar un posible desequilibrio económico a favor de la entidad por el aumento el recaudo de los peajes

por aumento del transito mínimo inicialmente calculado.

6. La responsabilidad civil contractual por el pago de prestaciones no cumplidas y por el recibo defectuoso de la prestación

El control sobre la revisión de las cuentas al contrato estatal, implica la evaluación sobre los pagos que se efectúen, los cuales deben corresponder según lo pactado y deben corresponder al recibo efectivo de los bienes, servicios, obras o suministros que se hayan contrato de conformidad con lo pactado en el contrato³⁰³.

La Contraloría General de la República, mediante la Guía Audite 3.0 ha establecido unos criterios a tener en cuenta para ejerce le control durante la etapa contractual, entre ellos tenemos los siguientes aplicables al control de revisión de cuentas:

- Las cuentas o pagos deben corresponder a los términos establecidos en las obligaciones contractuales pactadas. (Plazos contractuales y cronogramas de actividades)

- El contratista y el contratante deben cumplir con los requisitos exigidos para efecto de los pagos correspondientes (actas, informes de interventoría, certificaciones, entre otras).

- Las cuentas canceladas o pagos efectuados deben afectar el correspondiente registro presupuestal y el rubro respectivo que ampara la obligación contractual.

- Las cuentas canceladas o pagos deben estar soportados conforme a los

³⁰³ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. Tratado de la Interpretación del contrato en américa latina. Tomo I. Ediciones Grijley, Universidad Externado de Colombia, Rubinzal-Culzoni, Editores. Lima. Pág. 346.

procedimientos establecidos por la administración para tal efecto y a la naturaleza de los contratos.

-Verificar si los pagos efectuados obedecieron a lo pactado y aseguraron que el objeto contractual y el plazo cumplieron los fines o propósitos que dieron origen a su contratación.

-Establecer si los saldos por pagar registrados en el Sistema Integrado de Información Financiera, corresponden a las obligaciones contractuales pactadas y pendientes de pago.

Existirá responsabilidad civil contractual, del acreedor de una prestación que reciba el pago sin haberla cumplido, ejecutado y entregado en términos de calidad, estabilidad y con los alcances cuantitativos y cualitativos de la prestación, así como también cuando se le paga una prestación que ha ejecutado de manera defectuosa³⁰⁴.

Así mismo existe responsabilidad civil del deudor respecto del acreedor, en este caso del contratista a favor del contratante estatal por haber modificado el contrato estatal en su precio originalmente pactado, cuando por ejemplo el precio inicial se pacto bajo la formula de precio global y durante la ejecución se modificó bajo la metodología de precios unitarios o de libro abierto.

Y durante la ejecución del contrato estatal, habrá responsabilidad civil del contratante cuando pro abuso o desviación de poder ejerza potestades contractuales excepcionales como la terminación unilateral del contrato y la caducidad, y en este evento tendrá que reparar los daños que le ocasiones al contratista, así como

³⁰⁴ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. Tratado de la Interpretación del contrato en américa latina. Tomo II. Ediciones Grijley, Universidad Externado de Colombia, Rubinzal-Culzoni, Editores. Lima. Pág. 991.

también cuando interprete o modifique el contrato estatal y con esta decisión rompa la ecuación económica del contrato, por causas no imputables al contratista³⁰⁵.

Por último en materia de responsabilidad civil, encontramos que cuando un contratista inicial cede su posición contractual a un tercero cedente, y esta cesión del contrato estatal es aprobado por la entidad, opera la responsabilidad solidaria por las obligaciones asumidas integralmente tanto el cedente como el cesionario mientras se mantengas vigentes las obligaciones del contrato cedido, esto es que tanto cedente como cesionario responden solidariamente por toda la ejecución del contrato en asuntos de materia civil.

Y en relación a la liquidación del contrato, existirá responsabilidad civil del deudor respecto del acreedor si los pasivos y los activos del contrato no se distribuyen entre las partes del contrato teniendo en cuenta el titular de cada prestación y la posición jurídica que cada uno asume ya sea de deudor y de acreedor.

³⁰⁵ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. Tratado de la Interpretación del contrato en américa latina. Tomo III. Ediciones Grijley, Universidad Externado de Colombia, Rubinzal-Culzoni, Editores. Lima. Pág. 2087.

CAPITULO TERCERO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DAÑO PATRIMONIAL DURANTE LA FASE POST-CONTRACTUAL Y/O DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

SUMARIO. 1. La responsabilidad civil y el principio de legalidad y garantías post contractuales. 2.-La responsabilidad civil y los actos concomitantes a la terminación y liquidación del contrato por mutuo acuerdo. 3.-El daño patrimonial en los actos concomitantes de terminación y liquidación unilateral del contrato y sus efectos. 4.Las obligaciones de medio y de resultados que perviven a la terminación y vigencia del plazo del contrato

Una vez culminado el plazo de ejecución del contrato, empieza dentro la gestión contractual la etapa destinada a verificar el cumplimiento de todas las obligaciones nacidas del contrato, *“con el fin de definir si existen prestaciones a cargo de las partes, concretar las cuentas pendientes, establecer el estado de las obligaciones derivadas del contrato y si es del caso, se pueden hacer alusión en el acta que se suscriba para ello, de aquellos hechos relevantes para la relación contractual y que se consideren procedentes para efectos de dejar constancia como bien lo permite el inciso final del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, al señalar: los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo”*³⁰⁶.

Es esta la etapa de mayor relevancia para la responsabilidad civil, por que en ella se puede determinar de manera precisa los resultados de los contratos del estado, si efectivamente se ha cumplido con los principio de la administración pública y de la

³⁰⁶ Artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, modificados por los artículos 11 y 32 de la Ley 1150 de 2007.

contratado debe satisfacer las necesidades previstas para la administración. Las partes contratantes en la fase de liquidación del proceso contractual deben realizar los acuerdos, conciliaciones y transacciones de tal manera que garanticen la igualdad y la equivalencia entre derechos y obligaciones contractuales³⁰⁹.

³⁰⁹ Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 1995, exp. 8126: “Respecto del acto de liquidación, advierte la Sala que ni en el decreto 150 de 1976 ni en el 222 de 1983 se establecieron plazos para que la diligencia de liquidación, bilateral o unilateral, se efectuase; una disposición en tal sentido solo se encuentra a partir de la vigencia de la ley 80 de 1993 (artículo 60). “Tal circunstancia impuso que el Juez Administrativo tuviese que precisar los términos, frente al silencio de la ley; así lo hizo, por ejemplo, en sentencia de 29 de enero de 1988, exp. No. 3615, CP. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, actor Darío Vargas Sanz, con ésta fórmula: “ ‘Aquí surge un escollo, aparentemente creado por un vacío legal. Qué plazo tiene la administración para liquidar el contrato? “ ‘Aunque la ley no lo diga no quiere significar esto que la administración pueda hacerlo a su arbitrio, en cualquier tiempo. No, en esto la jurisprudencia ya ha tomado también partido. Se ha considerado como término plausible el de cuatro meses; dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada para la liquidación y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo. “ ‘Si vence este último la Administración no podrá esperar más y deberá proceder a la liquidación unilateral, mediante resolución administrativa debidamente motivada’. “Ese término, sin embargo, y según se desprende de la sentencia referida tiene más características de suspender que de agotar la competencia: es decir que no existía competencia antes de los 4 meses posteriores a la terminación del contrato para proceder a la liquidación unilateral sin que se fijase un límite temporal posterior para el ejercicio de tal potestad. “Luego, en sentencia de 9 de noviembre de 1989, actor: Consorcio Cimelek - Incol Ltda., se agregaría que ‘a falta de acuerdo, estima la Sala que la entidad contratante debe proceder a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término para hacer la liquidación de común acuerdo. Aunque este nuevo plazo no está previsto por la ley de manera específica, coincide con el consagrado legalmente para que se produzca el fenómeno del silencio administrativo negativo (decreto ley 2304 de 1989 arts. 1o. y 7o.), y, por esta razón, lo adopta la Sala para eventos como el que aquí se presenta.’ “Más adelante, como lo recuerda el profesor Carlos Betancur Jaramillo, se continuó detectando el ‘vacío que existía en el régimen anterior y que había impuesto solución jurisprudencial en el sentido de que esa etapa liquidatoria debía cumplirse a más tardar dentro de los dos años siguientes a su terminación. Se valió la jurisprudencia, por analogía, del mismo término previsto para la caducidad de los conflictos contractuales en general; y con la consideración de que si cualquiera de las partes tenía ese término para hacer algún reclamo derivado del contrato, ese mismo era el lapso que la administración tenía para unilateralmente definir quien le debía a quien y cuánto’ (Derecho Procesal Administrativo, Págs. 545, 546). “La aplicación de esta directriz jurisprudencial a este caso concreto significa que, si la terminación de la obra ocurrió en diciembre de 1982 y la liquidación unilateral se produjo el 26 de enero de 1984, no se había vencido el plazo de dos años de que disponía la administración para hacerlo y, por ende, el cargo no prospera”.

1. La responsabilidad civil contractual, principio de legalidad y garantías post-contractuales.

El principio de legalidad de la fase de liquidación del contrato empieza cuando el plazo del contrato a termino y estará sujeto a lo previsto en la Ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007; es decir, una vez se hayan terminado los contratos, bien sea por el vencimiento del plazo, o por cualquier otro mecanismo jurídico que tenga como consecuencia su terminación, se procederá a liquidarlo conforme las modalidades previstas en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007 así:

Mediante el mecanismo del mutuo acuerdo, dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no haber pactado término alguno, la liquidación convencional se hará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la firmeza del acto administrativo que ordene su terminación³¹⁰.

Es necesario indicar que el término pactado por las partes para liquidar el contrato o el señalado por la ley no deben considerarse como preclusivos; por tanto, debe entenderse que la liquidación de mutuo acuerdo puede realizarse en cualquier tiempo dentro de los treinta meses, situación que deben tener en cuenta los órganos de control fiscal a la hora de establecer el término para liquidar el contrato.³¹¹

Mediante la liquidación unilateral, en aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación convencional o de mutuo acuerdo, previa notificación o

³¹⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de Junio de 2013, Expediente No. 66001-23-31-000-2002-004818-01 (28345).

³¹¹ ARRUBLA PAUCAR; Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Tomo II. Contratos Típicos. 12ª Edición. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín, 2008. Pág. 180

convocatoria que le haga la entidad en aras de garantizar el debido proceso, o que habiéndose presentado a la liquidación por mutuo acuerdo, las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos meses subsiguientes del vencimiento de los primeros cuatro meses.³¹²

De igual manera, que la liquidación unilateral podrá hacerse dentro de los dos meses posteriores al vencimiento de los primero cuatro meses del mutuo, sin perjuicio de que igualmente la administración pueda liquidarlo unilateralmente, en cualquier tiempo, luego de vencido el término de los primeros cuatro meses, de manera que para proceder a liquidar unilateralmente contamos con los dos años de la caducidad

³¹² Acerca de la posibilidad de interrumpir la caducidad de la acción en virtud de las relaciones o tratos que se presentan entre las partes durante el transcurso del plazo de caducidad, ha expresado la Sala – sentencia del 27 de septiembre de 2012, exp. 21.424-: “Respecto a este tema ha dicho la Sala – Sentencia de 25 de julio de 2002. Rad. 07001-23- 31-000-1995-3893- 01(13.893)-: ‘Se precisa además que las peticiones de pago hechas a la administración y las respuestas dadas por ésta no modifican lo dispuesto en la ley respecto del término de caducidad, ni lo relativo a la fecha desde la cual se debe contar el mismo. Igualmente, las manifestaciones que haga la Administración en torno a la vigencia del contrato, a la existencia de obligaciones o a la inexistencia de las mismas no determinan el inicio del cómputo del término de caducidad de la correspondiente acción; este pende de lo dispuesto en la ley. Por las mismas razones, tampoco es dable considerar que el término de caducidad sólo empieza a correr desde la fecha en la cual el municipio expidió al interesado copia auténtica de documentos que solicitó.’ “Con anterioridad había dicho esta misma Sala, en auto proferido el día 29 de abril de 1999⁸; que ‘Precisa finalmente la Sala que la sola circunstancia de que el entonces director de FONCOLPUERTOS hubiese manifestado mediante oficio del 26 de noviembre de 1996, que el contrato estaba vigente, no revive un negocio jurídico que había terminado el 1 de agosto de 1993, por vencimiento final del plazo. La suerte jurídica del contrato estatal no depende de apreciaciones, opiniones o conceptos, muchas veces equivocados o erróneos, de los administradores públicos.’ “Así mismo, se expresó en la sentencia del 6 de abril de 2000 que ‘Aceptar que el término de caducidad de la acción era igualmente de dos años, pero contados a partir del vencimiento de los tres meses que tenía la administración para resolver la petición que presentó el demandante el 27 de noviembre de 1989 con miras a obtener el pago de los servicios prestados, (art. 40 del CCA), sería atentar contra las normas de orden público que fijan la caducidad de la acción, o más grave aún, tornarlo en un término que quedaría a la voluntad del demandante, por cuanto al reclamar a la administración en la fecha que a bien lo considere, sólo a partir del momento en que opere su silencio nacería para él la oportunidad procesal de reclamar ante el juez administrativo el reconocimiento esperado. Se aclara que el momento para el cómputo del término de caducidad es el general que establece el art. 136 del C. C. A., a ‘partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento’, toda vez que como el contrato no se perfeccionó, la no aprobación del mismo no encuadra en ninguna de las situaciones particulares que inicialmente tuvieron desarrollo.

de la acción contractual, mas los dos meses posteriores al vencimiento de los primeros cuatro meses del mutuo acuerdo. Es decir, en total, la administración cuenta con un periodo de treinta meses para la liquidación del contrato.

Por consiguiente, la liquidación podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término anterior de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993.

Así lo ha dejado ver el Consejo de estado cuando estable que: “desde antes de la entrada en vigencia de la ley 446 de 1998 la cual recogió en su texto la jurisprudencia del Consejo de Estado, que para el inicio del conteo del término para el ejercicio de la acción contractual en materia de terminación del contrato debe distinguirse entre los negocios jurídicos que requieren de liquidación, de otros que no la requieren. Señaló que: respecto a los contratos que no requieren liquidación el término máximo para demandar, se cuenta a partir del día siguiente a la terminación del contrato, por cualquiera de las causas legales. Frente a los contratos que requieren de la liquidación, el término para el ejercicio de la acción de contractuales se cuenta, según su caso, a partir: Del día siguiente a la fecha en que se liquide el contrato. Esta liquidación puede ser bilateral o unilateral. La bilateral podrá hacerse dentro del plazo previsto para tal efecto en el contrato, y en su defecto dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación. La unilateral se realizará cuando el acuerdo de liquidación se frustre y/o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo que tienen las partes para liquidarlo; pero en todo caso si la Administración no liquida el contrato dentro de ese término habrá que tener en cuenta dos aspectos: Si el contratista no acude al juez a solicitar la liquidación judicial, la Administración podrá liquidar hasta el día anterior a que transcurran, según el caso, veinte años – para conductas ocurridas antes de entrar a regir el decreto Ley 01 de 1984 – y dos años – para conductas ocurridas después de entrar a regir el decreto Ley 01 de 1984 - contados a partir del incumplimiento de la obligación de liquidar; y - Si el contratista acude al juez, la Administración podrá liquidar unilateralmente hasta el día anterior al

que le sea notificado el auto admisorio de la demanda, siempre y cuando no hayan transcurrido antes de la notificación, según el caso – antes o después de la entrada en vigencia del decreto Ley 01 de 1984 -, los veinte o los dos años, contados a partir del incumplimiento administrativo de la obligación de liquidar unilateralmente³¹³.

La jurisprudencia precisó, antes de entrar a regir la ley 446 de 1998, que el término máximo para que la Administración liquide unilateralmente, cuando el contratista no solicitó la liquidación judicial, no podía exceder, como ya se explicó, el término de prescripción o de caducidad de la acción, según el caso. En este caso, el término de caducidad se cuenta a partir del día 6 de agosto de 1991, día siguiente a la realización de la liquidación bilateral. En este caso se da una situación especial para ese cálculo, debido a que el término de caducidad se vio suspendido a consecuencia de haberse intentado la conciliación prejudicial³¹⁴.

La Ley establece que cuando se acude a trámite conciliatorio el término para accionar se suspende mientras se agota dicho trámite, hasta por sesenta días. Sucede por tanto que el término para el ejercicio de la acción, en el caso concreto, estuvo suspendido por el término que duró el trámite conciliatorio, que en todo caso no debe exceder el máximo legal de sesenta días. Se precisa además que el término que duró el trámite conciliatorio se cuenta a partir de la fecha en que se presentó la solicitud de conciliación prejudicial. Y si bien en este caso no es posible determinar esa fecha, puesto que no obra en el proceso prueba indicativa de tal hecho, de todas

³¹³ ARRUBLA PAUCAR; Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Tomo III. Contratos Atípicos. 7ª Edición. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín, 2008. Pág. 175.

³¹⁴ Cristian Andrés Díaz Díez, La liquidación. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Ed. Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA-, No. 3, Medellín, 2013, págs. 254 a 256. Como lo consideró el Ministerio Público, ‘en nuestro sistema, a diferencia del francés, no procede la decisión prealable, o sea la exigencia legal de obtener un pronunciamiento administrativo previo al ejercicio de la acción. Una cosa es que el administrado acuda a la administración en ejercicio del derecho constitucional de petición, y otra es que pretenda un pronunciamiento sobre el reconocimiento de un derecho que debe ser objeto de la pretensión procesal’. En estas condiciones, el término procesal para el ejercicio de la acción permanecía inmodificable y para que el demandante no dejara caducar la acción, no debió perder de vista la circunstancia que dio origen a sus pretensiones. Por tal motivo, habrá de revocarse la sentencia apelada y en su lugar declarar probada la caducidad de la acción”.

formas se puede inferir la demanda fue presentada a tiempo (arts. 162 CPACA y 61 ley 23 de 1991).

Liquidación judicial. Por su parte el artículo 162, numeral 1o, literal j) de C.P.A.C.A. modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, establece que “el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”. Los 24 meses previstos en esta norma para realizar la liquidación judicial no son excluyentes para esta forma de liquidación, pues en dicho término podrá hacerse también de mutuo acuerdo, o de manera unilateral como antes se indicó³¹⁵.

Con base en lo anteriormente indicado, las partes cuentan con un total de treinta (30) meses para proceder a liquidar los contratos estatales, que se computan a partir de su terminación, cualquiera sea su modalidad y una vez vencido el término de treinta (30) meses las partes perderán competencia para liquidarlo, sin perjuicios de la responsabilidad en que incurran los funcionarios de la administración por la omisión de este hecho y que en determinados eventos pueden general detrimento al patrimonio público. Igualmente lesionará el patrimonio público y se podrá declarar la presunta responsabilidad fiscal, si vencido el término para liquidar, es decir los 30 meses, la administración liquida el contrato reconociéndole prestaciones a favor de contratistas, sin perjuicio de la posible responsabilidad penal por el presunto delito de peculado a favor de terceros³¹⁶.

Sobre la caducidad del término para la liquidación del contrato, el Consejo de Estado ha advertido, que *“la expedición del término de caducidad o la notificación del auto admisorio de la demanda del contratista que persigue la liquidación del contrato, hace perder competencia a la administración para estos efectos y, por lo tanto, sólo*

³¹⁵ ARRUBLA PAUCAR; Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Tomo IV. Contratos Contemporáneos. 2ª Edición. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín, 2008. Pág. 234.

³¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Providencia de diciembre 1º de 1999.

mientras esté en curso el término de caducidad es viable a proceder a la liquidación del contrato. De lo expuesto se concluye que vencido el término de caducidad de la acción contractual, o notificado el auto admisorio de la demanda en la forma dicha, deviene la incompetencia de la entidad estatal contratante para liquidar el contrato unilateralmente y, para el contratista, la imposibilidad de obtenerla en sede judicial o de común acuerdo”.

En cuanto a las garantías, debemos tener en cuenta lo establecido en el inciso final de la Ley 80 de 1993, el cual establece que *“para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato”*³¹⁷. Con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que deben cumplirse por fuera del plazo del contrato y de los compromisos que queden consignados en las actas de liquidación a modo de glosas.

2. La Responsabilidad civil y los actos concomitantes a la terminación y liquidación del contrato por mutuo acuerdo

La gestión durante la liquidación del contrato, implica que la entidad contratante debe realizar todo lo posible para alcanzar finiquitar las cuentas del contrato, pero no debe olvidar la posibilidad de incluir glosas en las actas de liquidación que es la radiografía de la ejecución del contrato. En ese orden de ideas, sobre las constancias u objeciones que se dejen en el acta de liquidación del contrato, es importante señalar,

³¹⁷ FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997. PÁG. 611.

que estas deben ser claras y concretas, de otra manera, su inclusión resulta ineficaz.

Sobre lo dicho, el Consejo de Estado, *precisó “... es claro que en cuerpo del acta de liquidación existe aceptación expresa y total por parte del contratista de lo acordado; esta circunstancia le impide cualquier reclamación posterior como lo ha reiterado varias oportunidades la Sala, si quedó inconforme, por ejemplo, porque no se le reconoció todo lo que a su juicio de le debía debió expresarlo así de modo concreto, estableciendo, sino las cantidades, si los hechos de los cuales deriva su descontento. Pero hacer luego de aceptar el contenido del acta una afirmación tan genérica y abstracta como “el contratista se reserva el derecho de reclamación” es a todas luces, insuficiente y por lo mismo ineficaz para dejar abierta la posibilidad a la controversia judicial. Da lo mismo, en este caso, haber guardado silencio respecto de la liquidación como (sic) hacer la anterior afirmación, pues la indefinición que tal expresión envuelve la torna inocua”³¹⁸.*

Lo anterior reviste especial importancia, considerando que por la inclusión de glosas en el acta de liquidación, la entidad contratante conserva la facultad de liquidar unilateralmente el contrato y, “en este evento la liquidación unilateral sólo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo” o bien, puede acudir a la jurisdicción contenciosa a fin de que se proceda con la liquidación total del contrato; sí, sólo si, el término para acudir ante la jurisdicción no ha caducado.

Es deber de las partes, entonces verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por las partes dentro de post-plazos estipulados, evitar el vencimiento del término máximo con que cuenta la administración para liquidar totalmente el contrato. El incumplimiento de este término, por tanto acarrea la responsabilidad del servidor público disciplinaria, civil y penalmente por incurrir en omisión de sus deberes³¹⁹.

³¹⁸ Cfr. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 31 de mayo de 2013, Exp. 25000-23-26-000-1999-02072-01 (23903).

³¹⁹ ESCOBAR ESCOBAR, José Fernando. Derecho de Transporte Terrestre. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2004. Pág. 211.

3. El daño patrimonial en los actos concomitantes a la terminación y liquidación del contrato y sus efectos

La gestión de resultados en esta fase incluye, la verificación del cumplimiento del objeto del contrato y no sólo eso, incluye la verificación de la satisfacción de la necesidad que la administración quiso suplir con la suscripción del contrato; es decir si la comunidad le proporcionaron los servicios que se quisieron proveer³²⁰.

La liquidación de los contratos, lleva implícita el deber de revisión de los pagos efectuados en el contrato, si estos efectivamente se realizaron conforme lo pactado. Este aspecto de la revisión de cuentas hicimos referencia en el capítulo anterior, pero en cuanto a la liquidación de los contratos es propio entrar a revisar lo siguiente³²¹:

-Evidenciar si en algún momento, se liquidó el contrato reconociendo más prestaciones de las que efectivamente ejecutó el contratista o hacerlo sin dejar las glosas económicas respectivas.

-Cuando se revisan los precios sin se hay pactado tal circunstancia en el contrato.

Si se hacer en el acta de liquidación, reconocimiento del equilibrio económico, este deberá revisarse por el ente de control fiscal, es decir si el contenido del acta de liquidación en este aspecto en particular se ajusta a la realidad de la ejecución del contrato que de para tal reconocimiento.

³²⁰ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. La autorización administrativa. Ediciones Thomson- Civitas, Madrid, 2006. Pág. 456.

³²¹ CONSEJO DE ESTADO SA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejo de Estado, marzo veintisiete (27) de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02301-01(29857) DEMANDADO: EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM Referencia: CONTRACTUAL.

-Se debe igualmente advertir si se ha liquidado el contrato y la entidad no incluyo en el acta los valores a favor por el no pago de las multas impuestas y sin cancelar o no realizar gestión alguno que conduzca a ese fin.

-Del mismo modo mediante el sistema de revisión de cuentas, se verifica si se ha reconocido valores moratorios a costa de la entidad por el no pago oportuno de las prestaciones a favor del contratista.

Una vez vencido el plazo del contrato celebrado, o dado por terminado de manera anticipada ya sea de mutuo acuerdo o por orden judicial, o por declaración administrativa de terminación unilateral o por declaratoria de caducidad, las partes deben proceder a liquidar el contrato de mutuo acuerdo, o en su defecto por liquidación unilateral³²².

En ambos casos el acto de liquidación según el estado en que se liquide el contrato puede dejar a las partes con deudas mutuas, es decir el contratante y contratista se deben dinero y en este caso, simplemente viable una compensación de deudas, pero si el contratista tiene prestaciones a su favor entonces se convierte en el acreedor de la entidad pública contratante, pero si es lo contrario, el contratista será el deudor de la prestación a favor de su acreedor que es la entidad estatal contratante. En estos casos de no procederse al pago persuasivo, el acreedor puede incoar la demanda para promover un proceso ejecutivo ya que el contrato junto con el acta de liquidación constituye el título ejecutivo complejo³²³.

³²² MENÉNDEZ GÓMEZ, Emilio. Contratos administrativos: Dirección de Obras Públicas. THOMSON, ARANZADI, Navarra, 2006, Pág. 111.

³²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de de julio de 1997, expediente 9286, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Administrativo, Sección Tercera, expediente 12724, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 13598, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

expediente 20810, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de E

Consejo de

Pero si no es posible la liquidación del contrato por mutuo acuerdo o por liquidación unilateral, las partes pueden demandar la liquidación judicial del contrato, evento en el cual el juez atendiendo las prestaciones ejecutadas y pendientes, las entregas y recibos s satisfacción será quien realice la liquidación judicial del mismo. Pero si aún estuvieren pendientes obligaciones por ejecutar el reclamo del deudor a su acreedor por la prestación no reconocida y pagada se hará mediante la acción de controversias contractuales ante el juez del contrato dentro de régimen de responsabilidad civil contractual.

TÍTULO SEGUNDO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y LA RUPTURA DE LA ECUACIÓN ECONOMICA DEL CONTRATO CONMUTATIVO ESTATAL

Este es tal vez un punto de vital importancia para el tema que se está tratando, pues es con el restablecimiento de la ecuación contractual, donde se pueden presentar mayores detrimentos patrimoniales a la administración pública, debido a que la misma siempre tendrá la facultad de restablecer en sede administrativa el equilibrio económico del contrato si es procedente hacerlo o negarse en caso de que no se presenten las causales legales³²⁴.

Según lo anterior, esas dos posibilidades, de una parte restablecer el equilibrio económico del contrato y de otra, no hacerlo, le puede generar dos inconvenientes grandes a la administración, uno en cuanto puede que restablezca el equilibrio económico de una ecuación contractual, cuando no había derecho a esta, o cuando las circunstancias de hecho no lo ameritaban, o cuando el contratista de manera dolosa fragüe engañar a la administración para obtener una mayor utilidad de un

³²⁴ RODRÍGUEZ, RODRÍGUEZ, Libardo. El Equilibrio económico en los contratos administrativos. Editorial Temis S.A, Bogotá, Pág. 49.

contrato, lo que causaría un detrimento patrimonial en cabeza de la administración pública, haciendo acreedor al servidor público responsable de una investigación fiscal³²⁵.

Por otro lado, puede ocurrir el hecho contrario, que el contratista tenga todo el derecho a un restablecimiento de la ecuación económica, y que la administración la niegue, provocando retrasos e inconvenientes en el contrato, y obligando al contratista a acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para que por vía de una acción contractual pedir el restablecimiento del equilibrio económico, lo que puede causar un pago mayor del que se habría pagado si se hubiere aceptado el restablecimiento en sede administrativa, causando mayor onerosidad a la administración pública ya por costos financieros, o por el pago de costos procesales³²⁶.

³²⁵ *CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil doce (2012). Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434). Actor: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. Demandado: MUNICIPIO DE CHACHAGUI . Referencia: CONTRATOS*

³²⁶ *CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil doce (2012). Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434). Actor: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. Demandado: MUNICIPIO DE CHACHAGUI . Referencia: CONTRATOS. La Sala considera que la suspensión del contrato no es una prerrogativa, potestad o facultad excepcional que pueda ejercer la Administración, unilateralmente, salvo en lo casos expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico; en efecto, la actividad del Estado, incluida la contractual, se rige por el principio de legalidad, tal como lo ordena la Constitución Política en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de los órganos del Estado se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos. La suspensión del contrato, más estrictamente de la ejecución del contrato, procede, por regla general, de consuno entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes³²⁶, de modo que el principal efecto que se desprende de la suspensión es que las obligaciones convenidas no pueden hacerse exigibles mientras perdure la medida y, por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido. Por esa misma razón, la suspensión debe estar sujeta a un modo específico, plazo o condición, pactado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, acorde con la situación que se presente en cada caso, pero no puede permanecer indefinida en el tiempo. En el sub - lite, la suspensión fue decretada por la entidad contratante, sin que mediara facultad legal que habilitara hacerlo unilateralmente, pues, dentro del régimen contenido en la ley 80 de 1993, no se contempla tal posibilidad; además, para decretar la suspensión, la Administración adujo fallas en la construcción que no permitían adoptar tal tipo de medida y dejó en suspenso el contrato, de manera indefinida en el tiempo. Así, la decisión contenida en el oficio 114 del 2 de marzo de 1995 fue proferida por la Alcaldesa*

CAPITULO PRIMERO. LA ECUACIÓN ECONÓMICA, RIESGOS CONTRACTUALES Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA GESTIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

SUMARIO. 1.Noción de ecuación contractual y la causa del daño patrimonial por causas imputables al contratante, al contratista, hechos de un tercero o causas imprevisibles. 2.- Elementos de la ruptura del equilibrio económico del contrato generadoras del daño, la asignación y distribución de los riesgos. 2.1.- Hecho del príncipe: daño imputable al contratista estatal.-2.2 lus Variandi: daño imputable al contratista y matriz de riesgos.- 2.3.- Incumplimientos obligacionales, mayor permanencia e intereses moratorios: daño imputable al contratista y matriz de riesgos. 2.4.- Imprevisión y sujeciones materiales imprevisas durante la ejecución del contrato estatal: daño generado por externalidades del contrato que debe asumir las partes según el esquema de riesgos. 2.5.- Caso fortuito y fuerza mayor: daño que asume el contratante. 3.-Restablecimiento equilibrio económico del contrato: el deber de reparar es de la parte que asume el riesgo y se le imputa la causa. 4.-La cuantificación del daño patrimonial para el restablecimiento el equilibrio económico del contrato

1. Noción de ecuación contractual y la causa del daño patrimonial por causas imputables al contratante, al contratista, hecho de un tercero y teoría de la imprevisión

de Chachagüí infringiendo los mandatos contenidos en el numeral 8 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 y en el artículo 1602 del C.C., en la medida en que, además de actuar sin competencia, con su proceder impidió, de manera indefinida, la consecución del objeto contractual convenido entre las partes, a través del contrato celebrado el 20 de octubre de 1994. En este orden de ideas, se confirmará el ordinal primero de la parte resolutive del fallo de primera instancia en cuanto declaró la nulidad del citado acto administrativo.

La ecuación contractual o el denominado por los doctrinantes “*principio del equilibrio económico o ecuación financiera*”, se encuentra consagrado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, establece:

“ARTICULO 27. DE LA ECUACION CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.□□ Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.”³²⁷

Además de lo anterior el artículo 5º numeral 1º de la Ley 80, que trata sobre los derechos y deberes de los contratistas lo siguiente:

“ARTICULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º de esta ley, los contratistas:□□ 1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.□□ En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los

³²⁷ Artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”

Otro artículo de la misma Ley que trata el tema del equilibrio económico, es el artículo 4º numeral 8º, el cual establece:

“ARTICULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios. Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.” □ □ *Sobre este particular se establece que es función de las entidades estatales estar atentas a cualquier desequilibrio contractual, sea que afecte al contratista o al mismo Estado, y en caso de presentarse, corregirlos a la mayor premura*³²⁸.

Ahora con respecto a la oportunidad y equilibrio contractual el numeral 9º del mismo artículo 4º de la Ley 80 de 1993, establece:

³²⁸ Artículo 4º de la Ley 80 de 1993.

“9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.”

En igual sentido el Consejo de Estado, ha establecido sobre la noción del equilibrio financiero del contrato, lo siguiente:

“Como lo ha manifestado la sala, el fundamento jurídico del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, se encuentra en el papel que, mediante la contratación administrativa cumple el contratista, quien se constituye en un colaborador activo de la administración para el logro de los fines estatales; y, además, porque no resultaría justo ni equitativo privarle al particular que contrata con el Estado, del derecho a obtener la satisfacción de sus aspiraciones contractuales dentro de lo razonable y legal. El particular no debe ser sacrificado en aras de la finalidad estatal; porque la atención de la misma corresponde, de conformidad con lo establecido por las normas superiores, a la administración”³²⁹. (C.E. Secc. Tercera. Sent. 14943. M.P Daniel Suarez Hernández)

Es menester señalar que esta teoría es aplicable únicamente los contratos conmutativos, pues es en estos en los que se presentan prestaciones equivalentes entre las partes.

Si se observa detalladamente lo anterior, se establece que las entidades estatales deberán en el menor tiempo posible restablecer el equilibrio buscando que el contratista no se vea afectado por una mayor onerosidad en el desarrollo del contrato,

³²⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 14943. M.P Daniel Suarez Hernández.

lo que en última desembocaría en un mayor costo del contrato a cargo de la entidad y de la obra, y que como última finalidad busca precaver un posible litigio entre las partes intervinientes en un contrato³³⁰.

Todo lo anterior, tiene como finalidad no solo proteger al contratista, pues si bien es cierto que este cuando interviene en un contrato tiene una finalidad de lucro, que si se ve disminuida debe buscarse que se restablezca o se indemnice, la administración también tiene derecho a que cuando este desequilibrio la afecte a ella, se busquen medidas para poder restablecerlo, pues es obligación de ella buscar preservar el patrimonio del Estado, y mantener un estatus quo en las obligaciones contractuales.

Este equilibrio se puede ver afectado por varias razones, unas como consecuencia de actos de la administración y las cuales no pueden ser ni siquiera imputables a la administración, que pueden ser: actos o hechos de la administración como contratante, actos de la administración como Estado (hecho del príncipe), y factores externos que no son imputables a las partes (teoría de la imprevisión)³³¹.

En conclusión el desequilibrio económico del contrato consiste en factores que hacen que el contrato pierda para una de las partes los intereses que ella tenía en el contrato, y como todo contrato al traer unas contraprestaciones de parte y parte, conlleva que cuando se rompe el equilibrio afecte o pueda afectar la ejecución del contrato, y por tratarse de contratos administrativos que buscan un interés general y

³³⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. Guía práctica de la obra pública. El contrato de obra y el contrato de concesión de obra pública. Ediciones Aranzadi. Thomson Reuters. Bogotá, 2009. Pág. 34 y ss.

³³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 16041.

³³¹ Tribunal Supremo de España, Sala III de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 12968 del 19 de diciembre de 2006. Citada en VALBUENA HERNANDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2008, p. 117. De esta manera, un desequilibrio económico no afecta la prestación de un servicio de carácter fundamental o público, pues la afectación del equilibrio puede conllevar a que el contrato que se está ejecutando, no se haga de la manera correcta, o que conlleve una mayor onerosidad al contratista, lo que conllevaría que este pueda dejar inconclusa la obra por no estar en condiciones económicas de absorber las pérdidas que conlleva el mencionado desequilibrio.

cumplir los fines del Estado, esto conllevaría una posible falta de prestación de un servicio o la indebida prestación del mismo³³².

2. Elementos de la ruptura del equilibrio económico del contrato generadoras del daño, la asignación y distribución de los riesgos

Con respecto a este tema la ley no hace referencia a que eventos serán causal de la ruptura económica del contrato, y esto tiene su razón de ser en que no es posible prever todos los eventos en los cuales se rompe el equilibrio del contrato, y de tratar la ley de hacerlo, podría caer en injusticias al dejar por fuera una posible causa.

Pero la doctrina y la jurisprudencia en diferentes oportunidades han tratado de encuadrar algunas de las causales más comunes para que se produzca el rompimiento del equilibrio económico del contrato, que pueden ser: 1. Hechos producidos por el hombre; 2. Fenómenos surgidos de la naturaleza anteriores o posteriores al contrato; 3. Acciones u omisiones de las autoridades públicas; 4. Situaciones económicas del país o de otros contextos.

Pero en todo caso la ocurrencia de estos hechos no conlleva por si solo que se hable de un rompimiento del equilibrio económico, sino que se deben observar que con la ocurrencia de alguno de esos hechos concurren los siguientes requisitos:

-Verificar la existencia cierta de la situación o del hecho que altera la ecuación. Que no exista responsabilidad de la parte afectada por el hecho en la ocurrencia del mismo.

-La comprobación de que la persona afectada incurre en mayores gastos o costos por la ocurrencia del hecho.

³³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente. 14943. M.P Daniel Suarez Hernández

Pero a pesar de lo anterior, la doctrina ha tratado de ponerse de acuerdo sobre estos hechos y situaciones que generan la ruptura de la ecuación contractual, las cuales pueden ser:

2.1 Hecho del príncipe: daño imputable al contratista estatal

Este hecho del príncipe se presenta cuando el equilibrio contractual se rompe por medidas que el Estado en uso de su facultad normativa de carácter general y objetivo, siendo una Ley o Acto Administrativo, que afecte directamente el contrato en uno o varía de sus circunstancias esenciales.

En Colombia el hecho del príncipe consiste en la facultad que tiene el contratista de solicitar que se lo repare o indemnice por cuanto la Administración o el Estado, por la facultad que le asiste de intervención en la sociedad o en la economía toma una medida de carácter general o abstracto que afecta la ejecución del contrato, teniendo en cuenta que es una medida que toma el Estado posterior a la celebración del contrato y que se hacía imprevisible a la hora de la celebración del mismo.

2.2 Ius Variandi: daño imputable al contratista y matriz de riesgos

Este concepto de Ius Variandi, obedece a la potestad que tiene la administración contratante de cambiar las condiciones del contrato durante su ejecución para poder ofrecer un mejor servicio con el mismo, pero que genera mayor onerosidad al contratista en el desarrollo del contrato.

Esto se puede presentar cuando la administración en uso de sus atribuciones exorbitantes hace uso de la modificación unilateral, imponiendo rompiendo la ecuación contractual y causando mayores gastos a la administración; también se puede presentar cuando se reduce el alcance del objeto contratado haciendo que las

utilidades que esperaba percibir el contratista se vean disminuidas de manera notable.

Otra forma en la que se puede presentar el *lus Variandi* es cuando se presenta una terminación unilateral del contrato, y se afecta con esta decisión las ganancias que esperaba percibir el contratista, así también puede ocurrir que con la interpretación unilateral excepcionalmente se afecte el equilibrio contractual, cuando esta afecte las especificaciones o características de los bienes, servicios y u obras contratadas.

Este derecho a recibir indemnización por el *lus Variandi* encuentra su sustento legal en el artículo 14 numeral 1 de la Ley 80 de 1993, que establece que cuando se ejerza alguna de esas potestades extraordinarias podrá la administración proceder al pago de la respectiva indemnización al contratista por la afectación del contrato y el rompimiento de la ecuación contractual.

2.3 Incumplimientos obligacionales, mayor Permanencia e intereses moratorios: daño imputable al contratista y matriz de riesgo

El incumplimiento obligacional se presenta cuando un incumplimiento del contrato conlleva para el contratista mayores costos en el contrato y rompe por lo tanto la ecuación contractual, un ejemplo claro de esto se presenta cuando en una obra se entregan planos con errores que le conllevan al contratista el tener que cambiar el diseño de los planos o mayor tiempo y permanencia en la obra, esto encuentra su sustento legal en el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, que establece que el incumplimiento de las obligaciones contractuales trae la ruptura de las obligaciones contractuales³³³.

³³³ PERROT , Jean- Yves y CHATELUS, Gautier. Financiamiento de infraestructuras y servicios colectivos. Recurrir al partenariado público privado. Ministerio de obras públicas, transportes y Vivienda, Dirección de asuntos económicos e internacionales. Paris, 1994. Presses Ponts et Chaussées. Pág. 11 y ss.

El factor de mayor permanencia de la obra se refiere, cuando el contratista por factores no imputables a él tiene que permanecer más tiempo en la labor o en la obra que está desempeñando, y cuando por falta de previsión de la administración se demora mas la ejecución del contrato, afectando este mayor precio el valor del contrato, lo que conlleva la ruptura del equilibrio contractual, haciendo necesario restablecerlo lo más rápido posible³³⁴.

Por último la parte de intereses moratorios se presenta cuando la entidad realiza el pago de sus obligaciones a destiempo al contratista, razón por la cual produce un daño al contratista, donde la tasa moratoria puede ser la pactada por las partes en el contrato, siempre que en el mismo se observe que no exceda el máximo permitido, sea que nos encontremos frente a un negocio mercantil o civil según sea el caso³³⁵.

2.4 Imprevisión y sujeciones materiales imprevistas durante la ejecución del contrato estatal: daño generado por externalidades del contrato que debe asumir las partes según el esquema de riesgo

Encuentra respaldo legal esta teoría de la imprevisión en el artículo 5º de la Ley 80

³³⁴ CONSEJO DE ESTADO

Subsección C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. junio doce (12) de dos mil catorce (2014).

Radicación: Demandante: Demandado: Referencia: 13001-23-31-000-1990-07713-01 (27.014)

Sociedad Fertécnica Ltda.

SALA DE LO
Corelca S.A. Acción de controversia

³³⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-088 del 2 de febrero de 200; C-892 del 22 de Agosto de 2001; C-965 del 21 de octubre de 2003.

de 1993, pero este artículo permite determinar dos tipos de indemnización, una donde se trata de llevar al contratista a un punto de no pérdida, y otra plena que busca restablecer totalmente el equilibrio económico. Sobre este particular, el Consejo de Estado ha acudido a una compensación integral, completa, plena y razonable de todos los sobrecostos en que incurrió el contratista por el hecho imprevisto.

Así entonces, la imprevisión surge como un hecho que no se pudo prever en el normal desarrollo del contrato y que termina afectando y haciendo incurrir al contratista en sobrecostos que no puede soportar, esto tiene la necesidad en todo caso que las partes demuestren que era imposible prever el acontecimiento.

En todo caso la posibilidad de revisar el contrato por circunstancias imprevisibles se encuentra estipulado en el ordenamiento positivo colombiano cuando, más exactamente en el artículo 868 del Código de Comercio, fija lo siguiente:

“Art. 868. “ Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

Pero a pesar que el artículo anterior hace parte del ordenamiento jurídico comercial y no del Derecho Público, esto no ha sido excusa para que la jurisprudencia administrativa reconociera dicha institución jurídica, atendiendo las reglas civiles de

la integración normativa³³⁶.

Ahora en cuanto a las sujeciones materiales imprevistas, la doctrina, se ocupa de ellas cuando las define a la teoría de la imprevisión como hechos que existían antes de la ejecución del contrato y que afectan el desarrollo del mismo, mientras que las sujeciones materiales imprevistas, se refiere a aquellos hechos que ocurren durante la ejecución del contrato y que también generan sobre costos en el desarrollo del mismo, afectando el equilibrio contractual y perjudicando al contratista³³⁷.

2.5 Caso fortuito y fuerza mayor: daño que asume el contratante

³³⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 1997, Expediente No. 13064, M.P. Carlos Betancurt Jaramillo.

³³⁷ Sobre el tema expresa Eduardo García de Enterría que: "El silencio positivo tuvo siempre un sentido y una funcionalidad diferentes. El art. 95 LPA lo refirió a los supuestos de autorizaciones y a los de aprobaciones que hubieran de acordarse en ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores, es decir, a casos de control, preventivo o a posteriori, de la regularidad de ciertas actuaciones de los particulares o de órganos o entidades administrativas inferiores cuya voluntad debiera ser integrada por otra Administración superior. En este marco se comprende sin dificultad que el silencio de la Administración llamada a otorgar la autorización o aprobación pudiera sustituir a éstas pura y simplemente, suavizando así el rigor propio del control policial o de tutela, instrumentado por la norma, pues conocida la actividad a controlar y transcurrido un tiempo prudencial sin que se formulase objeción alguna por el órgano llamado a ejercerla, era lógico suponer el nihil obstat, la inexistencia del veto." (Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas. Madrid. 1997. Pág 588 y ss.). El Profesor Fernando Garrido Falla "Afirma que es base de partida del silencio positivo: "que la disponibilidad sobre la actividad de que se trata pertenece al sujeto que se dirige en petición a la Administración y que lo que a ésta compete es un poder o facultad de veto que responde a su papel de vigilante del interés público; que dispone de un determinado lapso de tiempo para ejercerlo y que, si no lo ejerce, la actuación del peticionario surte plena eficacia jurídica. (...) "Las entidades u organismos sometidos a cierto tipo de tutela o fiscalización superior,(.) actuaban en el ejercicio de su competencia, por lo que el principio era el de la validez y eficacia de sus actos (aunque sometidos a la condición suspensiva y resolutoria de que no fuesen desautorizados por la autoridad superior). Obviamente, si la desautorización no se producía, surtían plenamente sus efectos. En eso consistía la técnica del silencio positivo. "Y es éste, cabalmente, el régimen del silencio positivo en la ley 30/1992. ¿ Que significa, si no, hablar de derechos preexistentes? Pues si el derecho preexiste, es decir, si es anterior que la Administración lo conceda, está claro que lo que a ésta puede conceder la ley - en el mejor de los casos - es un derecho de veto a utilizar durante un plazo determinado y cuyo no uso - al igual que ocurre con otras instituciones de derecho público y constitucional - determina automáticamente la eficacia jurídica de los actos del "peticionario Pues si el derecho preexiste, es decir, si es anterior que la Administración lo conceda, está claro que lo que a ésta puede conceder la ley - en el mejor de los casos - es un derecho de veto a utilizar durante un plazo determinado y cuyo no uso - al igual que ocurre con otras instituciones de derecho público y constitucional - determina automáticamente la eficacia jurídica de los actos del "peticionario" (en realidad peticionario de que?) (Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Tecnos. Madrid. 1994. Pág. 490)

La fuerza mayor y el caso fortuito son instituciones jurídicas que se encuentran señaladas en el Código Civil, el cual los define de la siguiente manera:

“Art. 64. Fuerza Mayor y Caso Fortuito. Artículo subrogado por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890. El nuevo texto es el siguiente: Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Como se puede observar anteriormente la causa de la fuerza mayor o caso fortuito se encuentra en hechos del hombre o de la naturaleza que repentinamente suceden y a los cuales no se puede resistir³³⁸.

Esto en principio genera que la destrucción de una obra por un evento de fuerza mayor o caso fortuito, la administración tenga la obligación de indemnizar al administrado por la parte de la obra ya realizada, todo esto en razón a que el Derecho Público debe en todo caso tratar de preservar el patrimonio de los administrados, además de buscar reciprocidad de las prestaciones y buena fe y protección de los contratistas como verdaderos colaboradores de la administración en la prestación de un servicio público, lo que significaría que la administración esta en la obligación de restablecer la ecuación económica en los casos en que ocurra un hecho de estos.

3. Restablecimiento del equilibrio o ecuación económica del contrato; el deber de reparar es de la parte que asume el riesgo y se le imputa la causa

Sobre este particular la Ley 80 de 1993 establece en varios artículos diferentes formas de restablecer el equilibrio contractual, así el artículo 25 numeral 14, establece que *“las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación*

³³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de Noviembre de 2001, Expediente No.6094, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados”.

Esto significa que las entidades para prever cualquier tipo de afectación al equilibrio contractual de los contratos celebrados, deberá incluir en su presupuesto un rubro para el cubrimiento de las indemnizaciones que deba pagar por estos hechos.³³⁹

Además, como lo establece el artículo 4º de la misma Ley en su numeral 9º, las entidades deberán actuar de tal modo que no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, y que en observancia de tal fin se corrijan los desajustes en el menor tiempo posible.

A las previsiones anteriores, se deben sumar una serie de mecanismos de arreglo directo entre las partes como los previstos en los artículos 25 numeral 5º; 27 incisos 2º y 3º; y 68 de la Ley 80 de 1993; que en su orden establecen: en virtud del principio de economía se adoptaran procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato presenten. 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

³³⁹ Respecto a la correcta individualización del acto y las consecuencias derivadas de su incumplimiento Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 15 de abril de 2010, radicación 11001032400020030032301; Sección Segunda, sentencias de: 19 de junio de 2008, exp. 6336-05; 19 de junio de 2008, exp. 0963-07 y 18 de mayo de 2011, expediente 1282-10; Sección Tercera, sentencias de: 14 de abril de 2005, expediente 11849; 27 de noviembre de 2006, expediente 22099; Sala Plena sentencia de 12 de diciembre de 1988, exp: S-047.

necesarias para su restablecimiento³⁴⁰.

El ejercicio de la distribución de riesgos es en principio efectuada a través de la audiencia de identificación, tipificación y asignación de riesgos, la cual ratifica al contratista más aun en la posibilidad de hacer exigible el desequilibrio económico, así se encuentra establecido en la ley 1150 de 2007 Artículo 4, el cual puntualiza: *“De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”*.

En la misma línea el Decreto 1082 establece que para los efectos previstos en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias ajenas a las partes, que de presentarse en desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales. La Entidad, en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse y cuantificar su posible afectación a la ecuación financiera, deben señalar el sujeto contractual que soportará el riesgo total o parcialmente en caso de concretarse o la forma en que se restablecerá el equilibrio contractual cuando se vea afectado por el riesgo.

El restablecimiento equilibrio económico debe contemplar varias posibilidades y no debe limitarse en su solución al reconocimiento de mayor remuneración al contratista por los mayores costos originados con el desequilibrio, otras vías por medio de las

³⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-965 del 21 de Octubre de 2003.

cuales se puede igualmente restablecer su derecho son: por ejemplo en concesión se podría ampliar el plazo de explotación o se podría establecer la reversión con cláusula de remuneración³⁴¹.

4. La cuantificación del daño patrimonial para el restablecimiento de la ruptura de la ecuación económica del contrato

Se puede decir que sobre este tema el servidor público con competencia en la gestión contractual de la entidad se mueve en una línea muy delgada de responsabilidad personal, pues bien lo establece la Constitución Política que los servidores públicos son responsables por su acción y por sus omisiones, entonces les corresponde a ellos estar atentos de cuando se rompe en realidad el equilibrio económico del contrato y hacer una verdadera evaluación de en que cuantía se rompió el mencionado equilibrio.

Además, le corresponde también a la administración analizar los presupuestos antes mencionados sobre cuando en realidad un hecho produce la ruptura de la ecuación contractual, pues se puede ocurrir el hecho, pero este pueda que no rompa el equilibrio contractual de las partes, dado que el hecho puede ser imputable al afectado, o no produce un detrimento patrimonial en el contratista.

Por lo anterior, el servidor público tiene que estar atento, de que cuando ocurra un hecho generador del rompimiento del equilibrio contractual, se cumplan los presupuestos mínimos para que el contratista acceda a una indemnización, pues si la administración otorga la indemnización sin que en realidad ocurriera un rompimiento del equilibrio contractual, el servidor será fiscalmente responsable por

³⁴¹ GONZALEZ, Santiago. IBÁÑEZ, Varas. Los mercados de interés general: Telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes. Privatización, regulación pública, y derecho de la competencia. Ediciones COMARES, Granada, 2001, Pág. 23 y ss.

el pago de lo no debido a un contratista; por su parte el contratista puede estar incurso incluso en una actuación de tipo penal. El estudio consiste en verificar la causa eficiente de la ruptura de la ecuación contractual y de la distribución de los riesgos en el contrato.

Una vez se establezca que el hecho contractual se presentó y que la causa debe asumirla la administración, es procedente el restablecimiento, pero será responsable fiscal quien lo restablezca sin que se presente el hecho contractual y la causa, así como cuando se rompe a favor de la administración y esta no la reclama existe entonces daño patrimonial por esta causa³⁴².

Dentro de los eventos que se pueden presentar dentro del restablecimiento del equilibrio económico encontramos aquel según el cual, se restablece el equilibrio económico de una ecuación contractual, cuando no había derecho a esta, o cuando las circunstancias de hecho no lo ameritaban, o cuando el contratista de manera dolosa fragüe engañar a la administración para obtener una mayor utilidad de un contrato, lo que causaría un detrimento patrimonial en cabeza de la administración pública por un indebido restablecimiento del equilibrio de contrato, haciendo con ello acreedor al servidor público sujeto de una investigación fiscal³⁴³.

No obstante es necesario precisar para tal fin que el detrimento no puede ser analizado como el ejercicio de una operación matemática en abstracto, sino una valoración adecuada al caso y un análisis amplio con el cual se determine, el por qué

³⁴² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D. C., diecinueve (19) de octubre de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01(18082). Actor: ANIBAL FRANCO GOMEZ. Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU-. Referencia: CONTRACTUAL.

³⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de diciembre de 2001, Expediente No. 6848. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

se reconoció una suma superior a la determinada, y si dicho monto se encuentra justificado. De no ser así estaríamos frente a un daño patrimonial- contractual³⁴⁴.

El juicio de responsabilidad civil debe recaer sobre acciones u omisiones, de tal razón que si el contratista tiene todo el derecho a un restablecimiento de la ecuación económica, y la administración la niega, provocando con ello retrasos e inconvenientes en el contrato, obligando al contratista a acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para que por vía de una acción contractual pida el restablecimiento del equilibrio económico, lo que puede causar es un pago mayor del que se habría pagado si se hubiere aceptado el restablecimiento en sede administrativa, causándose en tal evento un mayor detrimento patrimonial a la administración pública³⁴⁵.

³⁴⁴ RUIZ OJEDA; Alberto. La Concesión de obra pública. Ediciones Thomson-Civitas, Navarra, 2006. Pág. 45 y ss.

³⁴⁵ OP. Cit. Claro está que el actor justificó la ejecución de estos trabajos en la razón técnica de que se trataba de “obras indispensables” para el desarrollo del contrato. Sin embargo, la Sala debe recordar que el principio con el cual se cumplen las obligaciones de un negocio jurídico es aquél que dispone que las partes quedan forzadas a cumplir los acuerdos en los términos en que fueron establecidos, y que nadie está forzado a ejecutar una prestación distinta, de la misma manera que no es posible exigir más de lo acordado, ni entregar menos de lo pactado, porque esto se convierte en ley para las partes. Esta circunstancia no tiene por qué alterarse con la interpretación que una parte haga de sus obligaciones – salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral, cuando proceda-, en aquellos casos en que considera que lo acordado es insuficiente para dar cumplimiento a sus obligaciones. No cabe duda que para hacerlo se necesita llegar a un nuevo acuerdo de voluntades, que autorice exigir de la otra parte el cumplimiento de nuevas prestaciones. En estos términos, a ninguna parte le es permitido adicionar o suprimir el alcance de las obligaciones –se insiste, salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral-, so pretexto de ejecutar las suyas, e imponer a la otra la carga de recibir un pago menor o la de hacer uno mayor, según el caso, porque desconocería el acuerdo de voluntades que comprometía al otro a actuar en un sentido distinto. Así, entonces, cuando el alcance de lo acordado parece insuficiente -en criterio de la parte que debe ejecutarlo-, y considera que de verdad se necesita adicionar las obligaciones iniciales, en todo caso debe lograr un nuevo acuerdo, para que surja la obligación que considera indispensable para el cumplimiento efectivo de la obligación inicial. Si la parte no actúa de este modo, y en su lugar ejecuta, unilateralmente, las prestaciones adicionales, con la esperanza de que le sean retribuidas, incurrir en el error de creer que su conducta crea obligaciones para los demás, por bien intencionadas y útiles que sean las prestaciones que realizó. El tema es de teoría fundamental de las obligaciones: en los contratos se requiere el acuerdo de voluntades para comprometerse y adquirir obligaciones exigibles de los demás. Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra que no está demostrado que el IDU hubiera consentido la ejecución de las mayores cantidades de obras, y el hecho de que admita -incluso ahora- que se ejecutaron, no significa que las haya autorizado cuando debía. De la misma manera, la circunstancia de haber estudiado la posibilidad jurídica y financiera de reconocerlas, no significa que las haya consentido en el momento en que se ejecutaron. Y es que el contratista –se insiste, salvo insinuación demostrada de la entidad- no puede actuar unilateralmente y

CAPÍTULO SEGUNDO. RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y EL RÉGIMEN DE GARANTÍAS: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO PATRIMONIAL COMO MECANISMO DE COBERTURA DE LOS RIESGOS CONTRACTUALES

SUMARIO. 1. Mecanismos de cobertura del riesgo de daños patrimoniales en los contratos estatales. 2.- Clases de garantías según la naturaleza del riesgo amparado y del daño a reparar. 3.- El daño patrimonial causado por la ocurrencia del siniestro del incumplimiento de las obligaciones contractuales. 4.-Procedimientos administrativos y judiciales para hacer efectiva la garantía de reparación del daño contractual

Las garantías contractuales son la herramienta e instrumento jurídico para amparar las distintas obligaciones adquiridas por el contratista en el contrato estatal, de tal

crear obligaciones económicas para el Estado, que requerían de un contrato previo. De ser así, los acuerdos no se necesitarían para que las obligaciones nacieran en el derecho. En estos términos, resulta injustificado el comportamiento del contratista, quien estando advertido por el IDU de que los valores que excedieran el monto del contrato inicial no estaba dispuesto a pagarlos, en todo caso los excedió casi en el 50% -según su valoración de las obras adicionales- y le presentó las facturas de cobro con la esperanza de que se le cancelaran. Entre otras cosas, la Sala echa de menos la prueba de la participación culpable de la entidad en la instrucción o petición al contratista para que ejecutara algunos trabajos que estaban por fuera de lo acordado. El actor debió demostrar esto en el proceso. Por el contrario, lo único que está probado es que la entidad le pidió, rotundamente, que no excediera el valor del contrato, no obstante lo hizo.

manera que la administración pública contratante pueda asegurar la ocurrencia del siniestro amparado, cuando quiera que el oferente en un primer momento o el contratista estatal incumpla. Veamos los efectos legales, contractuales, civiles mercantiles de las garantías contractuales frente al patrimonio público incorporado al contrato estatal, y el deber de salvaguarda del patrimonio del Estado.

1. Mecanismos de cobertura del riesgo de daños patrimoniales en los contratos estatales

El mecanismo de cobertura del riesgo, es el instrumento otorgado por los oferente o el contratista de una entidad pública contratante en favor de ésta o en favor de un tercero con el fin de garantizar la seriedad del ofrecimiento, el cumplimiento de las obligaciones que para aquél surjan del contrato y de su liquidación, la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas y los demás riesgos a que se vea expuesta la administración según las estipulaciones del contrato. El mecanismo del riesgo es por naturaleza indivisible, sin perjuicio de que la garantía otorgada pueda ser dividida pro etapas contractuales, esto es, una garantía para la fase de pre-construcción, otra para la fase de construcción y rehabilitación, y otra para la fase de mantenimiento.

Los distintos mecanismos de cobertura del riesgo, se convierten en una herramienta para garantizar la reparación del daño patrimonial en que haya incurrido el gestor fiscal-contractual, hasta por el monto amparado en la respectiva garantía, debiendo responder con su patrimonio el gestor fiscal por la suma del daño patrimonial que supere el porcentaje amparado en la garantía³⁴⁶.

³⁴⁶ VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia. Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa. Ediciones Thomson-Civitas, Navarra, 2006. Pág. 31 y ss.

2. Clases de garantías según la naturaleza del riesgo amparado y del daño a reparar

Las distintas tipologías de garantías, son las establecidas en el del Decreto 1082 de 2015, consistente en contrato de seguros contenido en una póliza, patrimonio autónomo y garantía bancaria.

La responsabilidad extracontractual de la administración derivada de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas sólo puede ser amparadas mediante póliza de seguros. De otra parte, debe tenerse en cuenta que el monto, vigencia y amparos, cobertura de las garantías se determinarán teniendo en cuenta el objeto, naturaleza y las características de cada contrato, los riesgos que se deban cubrir.

Cuando el ofrecimiento sea presentado por un proponente plural bajo la figura de la Unión Temporal, Consorcio o Contrato de Asociación Futura, la garantía debe ser otorgada por todos los miembros integrantes del proponente plural; y cuando las personas naturales o jurídicas extranjeras sin domicilio o sucursal en Colombia podrán otorgar como garantías, cartas de crédito estad by expedidas en el exterior.

El Decreto 1082 de 2015, dispone las condiciones generales, aplicables al contrato estatal según el objeto que se ampara y el riesgo cubierto, razón por la cual, éstas condiciones generales son las siguientes:

a.- Amparos: La garantía deberá amparar los perjuicios que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato. Los amparos de la póliza serán independientes unos de otros, respecto de los valores asegurados, y la entidad estatal contratante asegurada no podrá reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor de otros. Los amparos no son acumulables y son excluyentes entre así, aunque estén establecidos y estipulados en la póliza

única de cumplimiento.

La póliza de cumplimiento, se denomina Única en cuanto la ley exige que tiene por norma general que estar incorporada en solo instrumento jurídico y expedida por una sola aseguradora, y no constituye un instrumento general y que se pueda confundir el amparo, su cuantía, plazo, vigencia de cada uno de los riesgos amparados en particular, salvo el caso de la excepción cuando el contrato tiene dividido su periodo de ejecución en varias fases como la de pre-construcción, construcción y mantenimiento, evento en el cual se puede dividir una póliza con todos los amparos para cada una de las fases, esto es que ejecutada la fase de pre-construcción y por ello la póliza que ampara los riesgos propios de esa fase, se debe aportar por parte del contratista la otra póliza con los amparos propios de la etapa de construcción, y así mismo ocurre cuando se ejecute esta fase, con la etapa de mantenimiento.

Lo que en todo caso, no rompe con la regulación legal aquí establecida de que el cada uno de los amparos así estén estipulados en una misma póliza, son independientes, y es por ello que la vigencia del amparo del anticipo y pago anticipado, su cuantía del 100%, es independiente de ella garantía de prestaciones y salarios, su porcentaje y vigencia, por lo tanto los amparos del anticipo y el pago anticipado no podrá utilizarse para amparar el rubro de prestaciones y salarios, como tampoco la vigencia de éste para cubrir la del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

3. El daño patrimonial causado por la ocurrencia del siniestro y de los riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales

Una vez se suscriba el contrato, el contratista debe aportar las garantía como requisito para la ejecución del contrato, previa revisión y aprobación de la entidad contratante, para garantizar el pago de los perjuicios como consecuencia del

incumplimiento del contrato, los incumplimientos amparados por la garantía única de cumplimiento, independientemente del mecanismo de cobertura del riesgo, es el siguiente:

a. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este cubre los perjuicios sufridos por la entidad contratante por la no inversión del anticipo; el uso indebido; la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato.

b. Devolución del pago anticipado. Cubre a la entidad contratante de los perjuicios sufridos por la no devolución total o parcial, por parte del contratista, de los dineros que le fueron entregados a título de pago anticipado, cuando quiera que las prestaciones ejecutadas del contrato no cubra total o parcialmente la suma recibida, y el contrato por alguna de las causas previstas no pueda continuar con la ejecución del contrato, por terminación anticipada o por caducidad del mismo.

c. Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de las multas y la cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan catado en el contrato. El amparo de cumplimiento cubre a la entidad pública de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones que surgen del contrato, así como del cumplimiento tardío o extemporáneo, cumplimiento defectuoso cuando quiera que sean imputables al contratista garantizado.

d. Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. Cubre los perjuicios que le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado.

e. Estabilidad y calidad de la obra. Cubre los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su

causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista estatal.

f. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados. El amparo cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contrato garantizado derivados de la mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de conformidad con las especificaciones técnicas estipuladas en el contrato; o por incumplimiento de ellos parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo.

g. Calidad del servicio. El amparo de calidad cubre los perjuicios que sufre la entidad contratante, y que sean imputables al contratista garantizado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato como consecuencia de la mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría, de la mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el instrumento contractual.³⁴⁷

f. Los demás incumplimientos de obligaciones que la entidad contratante considere deben ser amparados.

h. La garantía de cumplimiento conforme al artículo 44 de la Ley 610 de 2000, cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable a los particulares, derivada de un proceso de responsabilidad fiscal, cuando quiera que esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado por la garantía; razón por la cual las contralorías tienen el deber de vincular al garante que expida la póliza de garantía, como tercero civilmente responsable.

³⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2005, expediente 14583, C.P. Alier Hernández Enríquez.

i. En los contratos de obra, la entidad pública deberá exigir en aquellos que por su objeto o naturaleza, el otorgamiento de pólizas de seguros que la protejan de las eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista. En los subcontratos autorizados por las entidades públicas, se exigirá al contratista que en la póliza de responsabilidad extracontractual se cubran igualmente los perjuicios derivados de los daños que sus subcontratistas puedan causar a terceros con ocasión de la ejecución de los contratos, en su defecto, que acredite que el subcontratista cuenta con un seguro de responsabilidad civil extracontractual para garantizar el objeto del mismo.³⁴⁸

La aprobación de las garantías se da en tres momentos en la gestión contractual, la primera cuando la entidad evalúa la oferta durante el proceso de selección, en virtud de ella cual debe verificar que la garantía de seriedad del ofrecimiento cumple con los requisitos de la ley y el pliego de condiciones. El segundo momento, se presenta luego de la celebración del contrato, donde se debe aportar la garantía única de cumplimiento, y durante la ejecución del contrato se presenta, cuando se ha aportado la garantía por etapas en el contrato y cuando culmina una etapa como la de pre-construcción por ejemplo, debe aportarse la garantía para la etapa de construcción. Así mismo, debe aprobarse la garantía cuando se prorroga el plazo, cuando se suscriben adiciones o contratos adicionales, mayores cantidades de obra, y la garantía para amparar las obligaciones pendientes, incorporadas en la liquidación del contrato.

Si la garantía se aprueba, por un mecanismo de cobertura del riesgo distintos de los previstos en la ley, el Código de Comercio y el pliego de condiciones, en cuantía, vigencia y amparos distintos a éstos y el siniestro ocurre, y la entidad no pudo hacerla

³⁴⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. Los contratos de servicios del sector público, prestaciones intelectuales, asistencia y consultorías. Ediciones Thomson-Civitas, Navarra, 2006. Pág. 80 y ss.

efectiva, la cuantificación de los perjuicios ocasionados no indemnizados ni cubiertos por la póliza será el daño patrimonial a exigir por vía de proceso de responsabilidad fiscal si el acreedor es el estado, contra el gestor fiscal que incurrió en la omisión dolosa o culposa, aunque de todas maneras puede agotar el acreedor todos los medios judiciales disponibles para solicitar al juez la declaración de responsabilidad civil del estado deudor de su prestación.³⁴⁹

CAPÍTULO TERCERO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL-CONTRACTUAL Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES OBJETO DE SOMETIMIENTO AL RÉGIMEN DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

SUMARIO. 1. Responsabilidad civil, daño patrimonial y arreglo directo. 2.-Responsabilidad civil, daño patrimonial y el amigable componedor. 3.- Responsabilidad civil, daño patrimonial y el arbitraje. 3.1.- Tipos de arbitraje. 3.2.- La Cláusula compromisoria y el compromiso. 3.3.- El laudo arbitral. 4.-Responsabilidad civil, daño patrimonial y conciliación. 4.1.- Conciliación prejudicial. 4.2.- Conciliación judicial. 5.-Responsabilidad civil, daño patrimonial y transacción

La Ley 80 de 1993 establece la posibilidad de dirimir y resolver las controversias que se presenten en las distintas etapas del contrato a través de métodos alternativos de solución de conflictos, a fin de garantizar los principios que el mismo precepto impone, como lo son la solución ágil, rápida y directa de las discrepancias que se susciten entre las partes, según lo dispone el artículo 68 de la citada ley, el cual

³⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 1997, expediente 9286, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 12724, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 13598, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, expediente 20810, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

señala³⁵⁰:

ARTICULO 68. DE LA UTILIZACION DE MECANISMOS DE SOLUCION DIRECTA DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Las entidades a que se refiere el artículo 2o del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

PARAGRAFO. Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada.

Así mismo, el artículo siguiente del referido Estatuto, instaura una prohibición a las entidades públicas, de vedar la utilización de los mecanismos de solución de controversias, la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos, frente a las discrepancias surgidas en los contratos estatales.

El uso de estos mecanismos alternativos, parte de la habilitación constitucional existente sobre el tema, contemplada en el artículo 116 superior, según la cual el particular puede ser investido en el ejercicio transitorio de funciones públicas, y específicamente de funciones jurisdiccionales. En tal sentido el artículo 116 contempla:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los

³⁵⁰ Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Sentencia, Agosto 1º de 1996, Sentencia C-333 de 1996, Referencia: Expediente D-1111.

términos que determine la ley”.

Dentro de este tipo de mecanismos encontramos: el arreglo directo, la amigable composición, el arbitraje, la conciliación y la transacción; los cuales serán desarrollados en el presente capítulo, estableciendo sus características, y paralelo a ello, las repercusiones que su utilización pueden generar³⁵¹.

1. Responsabilidad civil, daño patrimonial y arreglo directo

El sustento normativo de este mecanismo lo encontramos consagrado en la Ley 80 de 1993, artículo 4 , numeral 9, artículo 25, numeral 14, 27 inciso 2, y artículos 68 y 69.

Es denominado igualmente acuerdo directo o negociación directa. Consiste en una negociación de tipo extrajudicial, efectuada directamente por la partes, sin la intervención de terceros, a través de la cual sobre asuntos transigibles, y por medio de concesiones mutuas, las partes llegan a un acuerdo sobre un conflicto que ya se ha suscitado o frente a un litigio que pueda presentarse.

El acuerdo logrado por las partes como resultado de este mecanismo, será consignado en un contrato de transacción con todas sus características, y lo en el contenido será de obligatorio cumplimiento; en tanto el mismo presta mérito ejecutivo y hace transito a cosa juzgada.

Dentro del desarrollo del arreglo directo confluyen: Las partes, los intereses o deseos de las partes, las opciones que tengan las partes, la diferencia o problema que tengan las partes

³⁵¹ SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa. La recepción en el contrato de obra. Ediciones CISS. Valencia, 2001. Pág. 11 y ss.

Esta figura es utilizada principalmente en el marco del derecho laboral, a fin de dirimir las controversias laborales existentes ente el empleador y el trabajador y/o el sindicato, en tanto se establece la obligatoriedad de agotar esta etapa de arreglo directo antes de acudir al arbitramento³⁵².

Así mismo debe señalarse que lo que hace verdaderamente especial a este mecanismo, es que el acuerdo al que se llegue debe provenir de concesiones mutuas otorgadas por las partes a fin de poner acabar con una discrepancia entre ellas surgida.

Sobre el tema en particular de la responsabilidad civil de cara a este mecanismo, debe tenerse en cuenta que el acuerdo debe versar sobre hechos contractuales sucedidos durante la ejecución del contrato, partiendo del supuesto que el mismo tiene respaldo en cláusulas contractuales, esto es que la administración mediante arreglo directo acuerda cancelar los intereses corrientes y /o moratorios pactados en un tiempo determinado, un acuerdo de reajuste de precios pactado, y/o un reconocimiento económico pactado con el contratista³⁵³.

El acuerdo recae sobre la cuantificación económica, el tiempo y si es posible, transigir en el sentido que el contratista renuncie al cobro de algunos de sus derechos económicos.

El daño patrimonial se repara a través del mutuo acuerdo pero sobre la base que hay certeza del derecho, el fundamento y de la responsabilidad del acreedor en relación con su deudor, y se denomina arreglo directo carente de respaldo en el contrato, por ejemplo sobre el pago de intereses no pactados. No obstante, el hecho del pago de intereses pactados no puede constituir detrimento patrimonial, cuando la causa que

³⁵² MOSSET ITURRASPE, Jorge. PIEDECASAS, Miguel A. Responsabilidad Precontractual. RUBINZAL-CULZONI EDITORES. Buenos Aires, 2001, Pág. 47 y ss.

³⁵³ TAMAYO LOMBANA, Alberto. La responsabilidad civil extracontractual y la contractual. Tercera Edición. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C, Pág. 234 y ss.

lo origina depende de asuntos presupuestales propios de la administración tales como disponibilidad y registro presupuestal; estas son las cargas que debe asumir la administración por las regulaciones, y la naturaleza inherente al manejo del presupuesto.

Escenario distinto al anterior se presenta cuando la administración, teniendo el deber de pagar en tiempo, por negligencia y sin justificación alguna no lo hizo teniendo las apropiaciones y la disponibilidad presupuestal, en este caso debe reconocer la obligación civil de los intereses pactados en el contrato y en su defecto el interés civil del Código Civil colombiano³⁵⁴.

El arreglo puede consistir en una suma económica a favor de la administración, no obstante en su negociación esta puede transigir en una suma menor, teniendo en cuenta la alea de un proceso, la posibilidad de costos en el tiempo, los costos de un litigio, las agencias en deudas bancarias presupuestales, la prima de éxito, y los costos procesales.

2. Responsabilidad civil, daño patrimonial y amigable componedor.

La definición legal de esta figura la encontramos contemplada en el Decreto 1818 de 1998 el cual establece:

ARTICULO 223. DEFINICION. La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural (artículo 130

³⁵⁴ MONSALVE CABALLERO, Vladimir. Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones. Biblioteca de Tesis Doctorales. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2010, Pág, 71 y ss.

Ley 446 de 1998).

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido y precisado en múltiples sentencias el entendimiento y alcance que debe dársele al artículo precedente. Entre la jurisprudencia existente, se toma como referencia la Sentencia SU-091 de 2000, en tanto la misma hace un análisis amplio, en el cual se determina el concepto y las principales características de la figura. En tal sentido la providencia señala:

“Es un mecanismo de autocomposición, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, de carácter contractual, que no reviste el ejercicio de una función pública, ni función estatal judicial el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular, y que concluye en un acuerdo o convecino que tiene los efectos de transacción.”

De lo anterior se extraen las características con que cuenta el amigable componedor, entre las cuales tenemos: Es la delegación que hacen 2 o más particulares, en un tercero denominado amigable componedor (singular o plural), de la facultad de precisar con fuerza vinculante para ellas y con los efectos legales de la transacción, el Estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular, las partes pueden hacer la designación del amigable componedor directamente o delegarla en un tercero, que puede ser persona natural o jurídica. La designación del o de los componedores puede ser efectuada por las partes, o que estas deleguen en un tercero su designación, según lo establecido en el artículo 225 del decreto de la referencia.

Así mismo, de la lectura de la múltiple jurisprudencia existente sobre el tema se puede concluir, que la amigable composición es un mecanismo de autocomposición; que es eminentemente contractual, y que se haya exento de formalidades, en razón a que los amigables componedores no requieren contar con calidades especiales

para serlo, en su ejercicio no se encuentran obligados a seguir un procedimiento especial, y las partes pueden o no cumplir la decisión de los amigables componedores, no obstante en caso de no cumplirla equivale a una autocomposición de la Litis.

Así pues, el amigable componedor es un mandato que recibe el tercero de las partes dueñas de las controversias, en el cual las partes acuerdan acoger la decisión del tercero designado para resolverlas. Teniendo presente con ello que las controversias contractuales siempre deben ser resueltas de acuerdo a las estipulaciones del contrato.

Igualmente debe precisarse que cuando el fallo contiene un alcance económico en contra del patrimonio público debe tenerse en cuenta la causa que lo origina; esto es que si ocurre por culpa grave o dolo de la administración en la ejecución del contrato, podrá enmarcarse como una gestión fiscal antieconómica, pero si la causa la originan hechos contractuales ajenos a estas circunstancias y el amigable la califica como hechos contractuales normales y propios de una gestión contractual, son cargos económicos que la administración como parte en el contrato debe soportar.

3. Responsabilidad civil, daño patrimonial y arbitraje

La definición general de este mecanismo alternativo de solución de conflictos la encontramos contempladas en la Ley 1563 de 2012, según la cual el arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un Tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.

El arbitraje puede ser en Derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en Derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente,

y en este evento el árbitro deberá ser abogado inscrito; el arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad; y cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico.

En la cláusula compromisoria o en el compromiso suscrito en virtud del contrato celebrado, las partes indicarán el tipo de arbitraje y si nada se estipula, el fallo será en Derecho

Así mismo la Corte Constitucional en sentencia C- 431 de 1995 ha señalado que *“El acto arbitral puede definirse como aquel por medio del cual una persona o varias a nombre del Estado, en ejercicio de una competencia atribuida por este y consultando solo el interés superior del orden jurídico y la justicia, definen el derecho aplicable a un evento concreto, luego de haber comprobado los hechos y de inferir una consecuencia jurídica, cuyo rasgo esencial es el efecto del transito a cosa juzgada.”*

Por su parte, en cuanto a la naturaleza del arbitraje el Tribunal Constitucional en la sentencia T-058 de 2009 determinó: El arbitraje: (i) es el ejercicio de la función pública de administrar justicia en cabeza de particulares habilitados para el efecto; (ii) tiene origen en la voluntad de las partes que deciden libremente someter sus diferencias a la decisión directa de árbitros; (iii) en consecuencia, su naturaleza es temporal y transitoria, pues las actuaciones arbitrales terminan una vez se da por solucionada la controversia; (iv) los fallos son en derecho o en equidad; y (v) el legislador tiene amplias facultades para definir los términos bajo los cuales se configura este tipo de justicia.

De la exclusión del conocimiento de las controversias suscitadas en virtud de la expedición de un acto administrativo con ocasión del contrato estatal en cualquiera de sus fases del conocimiento de un tribunal de arbitramento, y de no exclusiva competencia del juez administrativo por titulares del control de legalidad de los actos

de la administración

3.1 Tipos de arbitraje

1. En razón a la naturaleza del arbitraje, este podrá ser en derecho, en equidad o técnico. Sentencia Consejo de Estado. Sec. Tercera. M.P. Alíer Hernández Enríquez. Rad. 21217 Julio 4 de 2002:

“el arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. En el primer caso deben fundamentar su decisión en el derecho positivo vigente; en el segundo deben decidir según el sentido común y la equidad, y en el tercero, se pronuncian en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio”

Cabe anotar, que el arbitraje en derecho debe ser realizado ante abogados inscritos, y que en el arbitraje técnico, ante discrepancias de naturaleza técnica, la solución se logra a partir del criterio científico de los expertos designados para tal fin, la cual tendrá el carácter de definitiva.

2. En razón a las normas aplicables al arbitraje, este podrá ser independiente, institucional o legal. En tal sentido, será independiente cuando las partes acuerden autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto; institucional, cuando se someten a un procedimiento previamente establecido por el Centro de Arbitraje; y legal, cuando ante la inexistencia de acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes.

3. En razón al número de árbitros que intervengan en el proceso, el arbitraje podrá ser llevado ante árbitro único o frente a Tribunal de arbitramento. La generalidad sobre el tema según lo establecido en el Estatuto es que el arbitraje sea llevado a cabo por un Tribunal conformado por 3 árbitros, y que solo excepcionalmente sea llevado por un árbitro único si las partes así lo deciden. En todo caso en caso de

optarse por la figura del Tribunal, este debe estar conformado por un número impar de árbitros a fin de que ante la falta de consenso sobre la temática objeto de revisión puedan tomarse decisiones al interior del mismo. La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

Así mismo dentro del estudio de esta figura, debe precisarse que en desarrollo del artículo 4, y del artículo 116 de la Constitución, la ley 80 de 1993 autoriza a la justicia arbitral para resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo o terminación, liquidación (Art. 70 y 71). No obstante, existen materias que se encuentran excluidas como objeto del arbitramento, como lo es la legalidad de los actos administrativos que forman parte de una controversia, en tanto estos se constituyen en la manifestación de un poder exorbitante de la administración³⁵⁵.

3.2 La Cláusula compromisoria y el compromiso

Al arbitraje puede llegarse por medio de dos vías disímiles en su naturaleza y en el tiempo de su constitución. Por un lado, este puede ser establecido desde la suscripción del contrato, previo a la confrontación entre las partes, caso en el cual se habla de cláusula compromisoria; por su parte, si se constituye una vez surgida la controversia, a falta de pacto de cláusula compromisoria, se habla de compromiso.

Así mismo vale diferenciar que, mientras la cláusula compromisoria como su nombre lo indica es una estipulación contenida en un contrato a través de una cláusula, el compromiso es en sí mismo un contrato³⁵⁶.

³⁵⁵ Sentencia Consejo de Estado. Sec. Tercera. M.P. Alier Hernández Enríquez. Rad. 21217 Julio 4 de 2002:

³⁵⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Noviembre 28 de 1996.

En tal sentido el Estatuto General de la Contratación Estatal contempla en su articulado estos mecanismos estableciendo en los numerales 70 y 71 lo relativo a la cláusula compromisoria y compromiso respectivamente. Sobre la cláusula compromisoria determina:

“ARTICULO 70. DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo arbitro.

De este precepto normativo se extrae el imperativo que se fija a los árbitros de fallar únicamente en derecho cuando el arbitramento recaiga sobre las distintas diferencias que puedan surgir en virtud del desarrollo de las fases de un contrato estatal.

ARTICULO 71. DEL COMPROMISO. Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

En el documento de compromiso que se suscriba se señalarán la materia objeto del arbitramento, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo.

Esta norma nos señala, la posibilidad que existe de convocar en cualquier tiempo del

desarrollo de un contrato un arbitramento, e igualmente el contenido con que debe contar el escrito de compromiso; es decir las disposiciones normativas y el procedimiento a los que estarán sujetos los árbitros, el número de árbitros que lo conformaran, la forma como serán designados los árbitros, la duración del arbitraje, la sede del arbitramento, entre otras³⁵⁷.

Frente a la duración del arbitraje se debe anotar que los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.

La solicitud de arbitraje se efectúa por medio de escrito dirigido al Director del Centro de Conciliación y Arbitraje que se haya acordado en la cláusula compromisoria, o en su defecto el señalado en el compromiso. Este escrito debe contener, entre otros, los hechos que originaron la diferencia, las pretensiones, y las pruebas en las que fundamenta su petición.

3.3 El laudo arbitral

El procedimiento llevado por el Tribunal arbitral pone fin al litigio ocasionado entre las partes a través de un laudo arbitral; laudo que se constituye en providencia de obligatorio cumplimiento para las partes, y al cual se el atribuyen los mismos efectos con que cuenta una sentencia judicial³⁵⁸.

En tal sentido en la Sentencia C-247 de 1997 el Tribunal Constitucional estableció:
“[L]a decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en

³⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Dr. Cesar Hoyos Salazar, Providencia de abril 21 de 1997, Consulta No. 976.

³⁵⁸ Directiva Presidencial No. 4 de 2014. para: ministros del despacho, directores de departamento administrativo, superintendentes, directores, gerentes, presidentes de entidades centralizadas y descentralizadas de la rama ejecutiva del orden nacional. De: Presidente de la República de Colombia asunto: Políticas en materia arbitral.

cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad.” No cabe, entonces, duda alguna de que el arbitramento constituye una institución importante para la obtención de una eficaz administración de justicia”

No obstante los efectos señalados con los que cuenta el laudo arbitral resultante del proceso arbitral, este puede ser objeto de la solicitud de anulación presentada por alguna de las partes, en atención a las causales establecidas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012

Frente al tema en particular del control fiscal a los laudos arbitrales, tenemos que estos implican un costo y que este se agota de los honorarios del abogado de la administración, las agencias en derecho, los honorarios de un árbitro y de los costos procesales.

Así mismo, si el laudo condena a la administración como parte del contrato, debe ser en respuesta y tener sustento en regulaciones contractuales. Si esto por culpa grave o dolo de un agente estatal, podría derivar en un acción de repetición, que bien puede exigirla a la administración. Por tanto, solo procede el proceso de responsabilidad fiscal, si existiendo los presupuestos para intentar la acción de repetición el ente decide no hacerlo. No obstante, sino se agota este presupuesto no puede el ente de control fiscal iniciar por la solo expectativa del acto, proceso de responsabilidad fiscal alguna.

5. Responsabilidad civil, daño patrimonial y conciliación.

La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda

de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador. (Artículo 64 Ley 446 de 1998). Con este mecanismo se busca definir una situación o relación jurídica, creándola, modificándola, o dándola por terminado en beneficio de ambas partes.

Así pues, este mecanismo de autocomposición contempla de un lado las partes en conflicto, y de otra, un tercero neutral e imparcial denominado conciliador quien actúa facilitando el dialogo entre las partes, proponiendo formulas de arreglo o acuerdo que permitan llegar a soluciones satisfactorias para las partes.

El conciliador será un tercero que deberá gozar de imparcialidad, y podrá serlo un juez, un funcionario público o un particular. Así mismo debe anotarse que los conciliadores les es aplicable el régimen de inhabilidades e incompatibilidades a que se encuentran sujeto los jueces.

La conciliación puede ser llevada a cabo antes de un proceso o en el transcurso de él; de ello se desprende la clasificación de conciliación judicial y extrajudicial.

De la conciliación será levantada un acta en la cual se consignará el trámite llevado a cabo con las partes a fin de que las mismas llegaren a un acuerdo; acta que tiene los efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. El efecto de cosa juzgada implica que los hechos no puedan ser de nuevo objeto de debate a través de un proceso judicial o de otro mecanismo alternativo de solución de conflictos. Por su parte que preste mérito ejecutivo implica que toda obligación clara expresa y exigible consignada en el acta podrá ser exigida a la parte responsable, en tanto es de obligatorio cumplimiento para la misma.

La conciliación como acto de administración de justicia tiene como características el ser consensual y solemne en tanto se perfecciona con el consentimiento, pero se impone que el acuerdo sea consignado en un acta como requisito ad probationem; bilateral tanto en su formación como en sus efectos; onerosa o gratuita según la

naturaleza de que se esta debatiendo, conmutativa, de libre discusión, y es un acto nominado porque existen normas claras y precisas que la regulan.

Existe una tendencia que se afianza de acudir cada vez más a este mecanismo en tanto significa un ahorro de tiempo y de dinero significativo para las partes, en tanto no es un tercero sino ellas mismas quienes deciden la solución de la controversia, y por cuanto el acta contiene lo necesario para surtir sus efectos³⁵⁹.

4.1. Conciliación extrajudicial

La conciliación extrajudicial es aquella que se efectúa sin que medie proceso sobre el asunto entre las partes. Esta conciliación es realizada en un Centro de Conciliación extrajudicial autorizado, ante un tercero neutral e imparcial llamado conciliador extrajudicial, quien se encuentra capacitado en técnicas de negociación y en mecanismos alternativos de solución de conflictos, acreditado ante el Ministerio de Justicia y adscrito a un Centro de Conciliación Extrajudicial publico o privado, y en la cual actúan las personas naturales involucradas personalmente sin necesidad de apoderado.

La inasistencia de ambas partes da por concluido el proceso de conciliación extrajudicial, y se constituye en requisito de admisibilidad de la demanda. La conciliación extrajudicial puede ser desarrollada en virtud de la existencia de un requisito de procedibilidad o por voluntad propia de las partes.

El Artículo 35 de la Ley 640 de 2001 establece que en los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civiles, administrativas y de familia.

³⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio Civil, C.P. Dr. Javier Henao Hidron, 2º de diciembre de 1995, Consulta No. 761.

Por su parte, en virtud de la expedición de la Ley 1437 de 2011, para reclamar ante los jueces del contrato las prestaciones de las que es acreedor, acude a la acción de controversias contractuales; pero deberá agotarse como primera medida el trámite conciliatorio extrajudicial que debe surtirse frente a la Procuraduría General de la Nación.

4.2. Conciliación judicial

La conciliación judicial a grandes rasgos busca hacer un enfoque preciso de las pretensiones de las partes contempladas en la demanda o en la contestación. Esta es efectuada ante un Juzgado de Paz, Juzgado de Paz Letrado o un Juzgado Especializado, en el marco de un proceso judicial, se constituye una etapa mas del proceso judicial, y en ella las persona natural podrá actuar mediante apoderados o representantes. La inasistencia de ambas partes abre las puertas de la audiencia de pruebas³⁶⁰.

En el acta se consignara la formula de conciliación propuestas por el juez y no aceptadas por las partes, mencionando además la parte que no presto su conformidad a la misma. Conforme al artículo 43 de la ley 640 de 2001, en cualquier momento del proceso puede llevarse a acabo la audiencia de conciliación, sí así lo piden las partes de común acuerdo, lo cual no obsta para que el juez lo solicite de oficio.

La conciliación prejudicial tiene la particularidad de que se hace en presencia de un agente del ministerio público y las partes, quien es el director de la audiencia, consolida el acuerdo o deja constancia de las razones por las que no soporto la conciliación. A renglón seguido, el acuerdo consignado en un acta es enviado al control de legalidad del juez administrativo.

³⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Dr. Alberto Ospina Botero, Sentencia, Octubre 2 de 1992.

Por su parte, la conciliación judicial se hace ante el juez administrativo respectivo sometido a una aprobación judicial posterior, lo que equivale a una sentencia

El control fiscal a la conciliación se hace de la misma manera como la sentencia en contra del Estado, porque el auto del juez que lo aprueba tiene los efectos de una sentencia que hace transito a cosa juzgada. Es decir sobre esta procede la acción de repetición y solo si esta no la intento, y si ya caducó, la contraloría puede intentar el proceso de responsabilidad fiscal si esto origina la acción fiscal.

La aprobación por parte del juez del acuerdo conciliatorio prejudicial o judicial recae sobre dos puntos. La revisión de la legalidad del acuerdo, es decir que encuentra sustento en dos estipulaciones del contrato, en las pruebas presentadas, y que el acuerdo no sea lesivo a los intereses patrimoniales del Estado; dejando presente que esta calificación no es una valoración subjetiva del juez ni del contralor, sino que hace relación a la justificación y la relación costo beneficio del acuerdo.

Debe precisarse que una vez aprobado por el juez el acuerdo, este no puede ser objeto de un proceso de responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría. No obstante, el contralor podrá formular las denuncias disciplinarias y penales contra el juez, o intentar demandar la actuación del juez a través de la creación de reparación directa, por falta en la prestación de servicios y/o administración defectuosa de la justicia³⁶¹.

Igualmente, si el fallo contiene los presupuestos de la acción de repetición puede demandar la administración pública, so pena de un proceso de responsabilidad fiscal, previas denuncias penales y disciplinarias contra el comité de conciliación que omitió

³⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia SU772 de 2014. Referencia: expediente T- 3.623.056. Acción de tutela instaurada por Recaudos y Tributos S.A., contra la Alcaldía Distrital de Santa Marta. Tema: procedencia de la acción de tutela frente a actos administrativos que versan sobre un contrato estatal.

su deber³⁶².

5. Responsabilidad civil, daño patrimonial y transacción

La transacción es un acto jurídico, es un contrato por medio del cual las partes convienen resolver un litigio de común acuerdo y en forma definitiva, antes o después de iniciado el proceso civil, laboral o contencioso-administrativo.

A través de la transacción se extinguen obligaciones, bien sea por medio de concesiones recíprocas o mediante un acuerdo entre las partes.

El artículo 2446 del Código Civil, define la transacción en los siguientes términos: *“La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”*

En razón a la naturaleza contractual con la que cuenta la transacción, es que se determina que lo en ella contemplado se constituye en ley para las partes.

Para que sea procedente el contrato de transacción el mismo deberá contener los requisitos propios de cualquier contrato, paralelo a ello debe existir un derecho dudoso, es decir algún aspecto que revista controversia o duda en su interpretación o aplicación de forma tal que haya dado o pueda dar lugar a un litigio; situación frente a la cual las partes deben efectuar concesiones recíprocas a fin de solucionar la situación.

El contrato de transacción es un contrato bilateral, consensual, oneroso, intuito

³⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-563 de octubre 7 de 1998.

persona, y podrá ser de tipo conmutativo o aleatorio dependiendo a lo que se obliguen los contratantes.

Dentro de los mecanismos que se encuentran contemplados en el artículo 68 del Estatuto General de la Contratación hallamos la transacción. Este precepto normativo habilita la utilización de este instrumento para resolver las controversias que se presenten en virtud de un contrato, y en particular a fin de definir los efectos de contenido económico del mismo y los derechos de contenido patrimonial; en tal sentido reza en su segundo inciso: *“Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.”*

Así pues, el contrato de transacción según lo establecido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en providencia de 20 de marzo de 1987, tiene como presupuestos:

- a). La discrepancia actual o futura entre las partes acerca de un derecho;
- b). La reciprocidad de las concesiones que se hacen las partes; y
- c). La voluntad e intención de ponerle fin a la incertidumbre sin la intervención de la justicia del Estado.

Frente al tema de la transacción y su relación con la conciliación, tenemos que existen dos posturas: una, la cual sostiene que son figuras disímiles e independientes, y otros quienes las asimilan como equivalentes. Entre los que apoyan esta última postura, encontramos al tratadista Hernán Fabio López, quien en su obra Comentarios al decreto de descongestión judicial establece: “la conciliación no es nada diverso de una transacción. En suma si se quieren hallar diferencias a las figuras la única sería que la conciliación es una transacción a la cual se llega con

la intervención de un conciliador, mientras que la que podríamos llamar transacción pura, la logran las partes de manera directa.” , en tanto ambas se instituyen como negocios jurídicos susceptibles del régimen de nulidades como todas las declaraciones de voluntad, y en cuanto por expresa disposición las materias sobre las que recaen son las mismas, en tanto se puede conciliarse lo que se puede transigir, tal como lo consagra el artículo 2º del decreto 2651 de 1991 y el artículo 64 de la ley 446 de 1998.

Por su parte, los juristas para quienes la transacción y la conciliación son figuras jurídicas diferentes, fundamentan su postura principalmente en que mientras la transacción es sustancial, la conciliación es fundamentalmente procesal; y en que la primera tiene naturaleza contractual, mientras que la segunda no.

CONCLUSIONES

Primera. El contrato estatal es una herramienta de seguridad jurídica de atribuciones patrimoniales.

El contrato como instituto del Derecho civil en una economía de mercado además de cumplir una función económica y social tiene la finalidad de generar seguridad jurídica en la gestión de los contratos estatales, como herramienta de protección de los negocios jurídicos que ampara tanto los intereses, derechos, deberes, y el patrimonio del Estado, como de los contratistas colaboradores de este.

En este orden de ideas, las instituciones patrimoniales del contrato como la responsabilidad contractual, cualquiera que sea su régimen jurídico aplicable, ya sea el Derecho civil, comercial, financiero y/o las reglas especiales señaladas en el Estatuto General de Contratación de las Administraciones Públicas de Colombia y sus decretos reglamentarios constituyen la esencia del principio de seguridad jurídica de las partes en tanto brinda de seguridad jurídica las obligaciones estipuladas en el contrato como el carácter exigible del cumplimiento de la prestación o la indemnización del daño causado.

Segundo. La patrimonialidad y la responsabilidad civil es el objeto de la

relación obligatoria en el contrato estatal.

La patrimonialidad de la prestación y de la obligación estipulada en el contrato, tiene como presupuesto la responsabilidad, que a su turno es una sanción a quien se constituye como deudor de una obligación contractual por causas contractuales y extracontractuales, frente a lo cual el acreedor contractual puede exigir el cumplimiento de la ejecución de la prestación, o la indemnización del daño patrimonial que sufre producto del incumplimiento definitivo o parcial de la prestación o el cumplimiento defectuoso del mismo, ya que este es transversal a todos los contratos que se celebren en el tráfico jurídico y en el mundo real de los negocios contractuales, ya sea el contrato de Derecho civil, comercial o financiero, como en los contratos estatales que celebren las administraciones públicas, pues el contrato es ante todo, una herramienta que le da protección y seguridad jurídica al negocio jurídico celebrado, y protege los intereses de las partes, el interés público y el patrimonio económico que incorporan las estipulaciones contractuales.

El instituto jurídico del patrimonio como elemento esencial del negocio amparado en el contrato, cuando se produce su aminoración por la ocurrencia de riesgos no asumidos por la parte que lo sufre, o por causa imputable a la parte que lo causa, recibe el nombre de *daño contractual del titular del patrimonio*, lo cual en una relación obligacional debe ser reparado cuando exista el fundamento legal, que no es otra cosa que el deber jurídico de reparar.

Esa protección al patrimonio de las partes en el contrato, se ampara desde la fase precontractual, de ejecución contractual y post contractual. En cualquiera de éstas fases se puede producir el daño al patrimonio de las partes, lo cual abordamos desde la perspectiva de la responsabilidad civil, cuando se trata de contratos conmutativos celebrados -con la garantía de la equivalencia entre las prestaciones obligacionales y el precio-, entre particulares con el Estado contratante, o de responsabilidad civil contractual del Estado cuando es la administración la que causa el daño al particular

contratista, en cualquiera de las etapas de la gestión del contrato administrativo.

El efecto del daño en materia civil y administrativa, que se contrae a la aminoración cualitativa y cuantitativa del patrimonio del particular contratista y de la administración pública contratante, se traduce en el deber de reparar. Este ejercicio de identificación, individualización, verificación de la existencia, cuantificación, imputación y fundamento de la responsabilidad civil que es el deber de reparar el daño, en una relación de causalidad entre el daño y la actuación que lo produce, nos permite definir en cada negocio jurídico-contractual en una relación de equilibrio económico, la matriz de riesgos ordinarios, extraordinarios, previsibles e imprevisibles que mantenga la seguridad jurídica del patrimonio de las partes estipulados en el contrato.

Tercera. Incumplimiento en los contratos a precio global

La patrimonialidad de las prestaciones y de las obligaciones contractuales constituyen cláusulas esenciales del contrato, y en relación de la modalidad del precio y pago son cláusulas accidentales conforme a las disposiciones del Código Civil. La patrimonialidad de las obligaciones está determinada por el valor y contenido económico de cada prestación singular, como que en un contrato de obra a precio unitario la prestación estipulada en cada ítems en cuanto a su alcance cuantitativo y cualitativo e orden físico como su valor individual, la prestación es cada una de esas cantidades individualmente consideradas. En los contratos a precio global, donde las obligaciones se estipulan como un todo o conjunto de actividades, y donde el contratista se compromete a ejecutar el contrato asumiendo el riesgo de cantidad, calidad y precio por el valor total del contrato inicialmente pactado, dado el carácter integral del negocio jurídico celebrado podemos concluir que el incumplimiento de uno de sus componentes, tal como el precio, la cantidad y calidad de las obras afecta el cumplimiento del contrato en el todo, pues su naturaleza de global exige el cumplimiento del resultado en los términos de precio, plazo y pago originariamente

pactado. Así lo ha considerado la jurisprudencia nacional del Consejo de Estado y de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el primero desde la expedición de la Ley 1150 de 2007, y el segundo así o ha venido sosteniendo de manera reiterada en desde la expedición de la Constitución Política de 1991.

Cuarta: El alcance patrimonial de los contratos estatales está regulado por el Código Civil

La responsabilidad civil y el daño patrimonial generado durante las fases precontractual, contractual y post contractual de la gestión contractual del Estado, merece especial atención de la comunidad jurídica y de los estudiosos del instituto jurídico de los contratos, pues la disciplina del Derecho de los contratos de las administraciones públicas, la doctrina jurídica contemporánea, la jurisprudencia y el mismo legislador, permite establecer la forma como se ha venido mutando las instituciones contractuales del Derecho civil al Derecho de los contratos estatales.

Los institutos y categorías jurídicas del Derecho civil, sirven de instrumento dentro del régimen de responsabilidad civil-contractual, tales como la función patrimonial del contrato, el principio de seguridad jurídica, las prohibiciones de abuso del Derecho, y del fraude a la ley como principio general del Derecho, hasta llegar al nivel especializado que nos permitió abordar la función del Derecho patrimonial, la función del Derecho de daños, la responsabilidad civil-contractual; así como los elementos de la responsabilidad civil, a efectos de que se pueda establecer tres factores importantes de este tipo de responsabilidad, que consiste en que una vez verificado el carácter cierto del daño, procede el operador jurídico a identificar la imputación que no es otra, que la atribución del daño a quien lo produce o contribuye a su producción, que desde luego, para que el deudor esté obligado a repararlo, necesariamente debe existir el fundamento, que es el deber jurídico de reparar.

Esa necesidad del Derecho civil de proteger el patrimonio de los particulares, también fue trasladado a los negocios jurídicos que realiza el Estado con los particulares. El contrato administrativo surge entonces de las bases fundamentales aportadas por el Derecho Civil, que le aporta los institutos patrimoniales, la noción de obligaciones de medio y de resultado, el concepto de contenido del contrato, la tipología de los contratos, los requisitos civiles de naturaleza, accidentales, la validez, eficacia, y con ellas las causales de nulidad del contrato, y los requisitos esenciales de objeto lícito, causa lícita y el consentimiento contractual exento de vicios. Los demás elementos especiales del contrato estatal son aquellos producto de la aplicación de los principios del derecho administrativo.

El Derecho patrimonial entonces, es aquella parte del Derecho civil que está comprendido por las normas y las instituciones que le permiten a los sujetos de derecho realizar y ordenar las actividades económicas del hombre, que con los posteriores desarrollos y avances sociales, este conjunto de normas civiles que integran el Derecho patrimonial a servir para proteger las actividades económicas tanto de las personas naturales, como de las personas jurídicas en todas sus dimensiones, es decir, las personas jurídicas privadas y las personas jurídicas públicas, estando incluidas en este último las administraciones públicas.

Para garantizar esos derechos patrimoniales, el derecho de los contratos, la misma jurisprudencia y la doctrina ha desarrollado el instituto de la responsabilidad civil y extracontractual, que surge como herramienta con un carácter instrumental en tanto le permite al acreedor exigir por los distintos medios procesales, extraprocesales el cumplimiento de las prestaciones de dar, hacer o no hacer contraídas en el contrato, así como también le permite señalar las reglas y presupuestos de dicha responsabilidad, en tanto si la causa y origen de la deuda surge del incumplimiento del contrato por mora o retraso, por inejecución del contrato en sus obligaciones parciales comunes de las partes y de las obligaciones especiales tanto del

contratante como del contratista, de su incumplimiento definitivo, o de su cumplimiento defectuoso entonces la responsabilidad civil será de naturaleza contractual, ya que la conducta o comportamiento contractual es el incumplimiento del contrato, y su imputación surge de quien en el contrato tiene la obligación de ejecutar la prestación, que desde luego será el deudor de la prestación, y el fundamento de la responsabilidad es el deber jurídico de cumplir la prestación que es el mismo sujeto de derecho y del contrato que tiene el deber de reparar el daño.

Quinta. La prestación debida en el contrato estatal, según la tipología del contrato puede ser de medio o de resultados, teniendo en cuenta el carácter de la obligación de dar, hacer o no hacer.

La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, y de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, luego de la expedición de la Constitución de 1991, del Estatuto de Contratación de las Administraciones Públicas, y de la expedición de Procedimientos Administrativos y de los Contencioso Administrativo, coinciden en definir lo que se conoce la zona común de los contratos estatales, que consiste en la aplicación de la regulación y de las instituciones contractuales del Derecho Civil a la gestión de los contratos, al punto de afirmar que el objeto de la obligación en ambos contratos es la prestación debida por el deudor contratista al acreedor contratante o viceversa, y lo debido por el deudor contractual es siempre la ejecución de una conducta o un comportamiento que es lo que se conoce como *“la prestación contractual”*.

La prestación debida como objeto de la obligación tiene una relación directa con la tipología del contrato que contiene su naturaleza y esencia, pues su alcance patrimonial estará determinado por el carácter de resultado o de medio de sus obligaciones, y este se determina no solo por la autonomía de la voluntad de los contrayentes, sino de la misma nominación del contrato de obra, de concesión, de prestación de servicio, suministro, compra venta etc.

La prestación debida impone durante la ejecución del contrato una serie de deberes contractuales a las partes, que teniendo en cuenta la tipología del contrato exige la realización de los actos necesarios para preparar la ejecución y cumplimiento de la prestación estipulada en el contrato suscrito, ya sea los actos de conservación de la prestación antes de ser entregada al co-contratante y el cumplimiento de los deberes de previsión de los sucesos que pueden introducir mutaciones al cronograma de ejecución del contrato, instituto que conocemos como matriz de riesgos previsibles y ordinarios.

Las obligaciones de resultado en los contratos celebrados por el Estado, están determinadas por aquellos en donde las obligaciones son de dar esencialmente, en donde el resultado se exterioriza con la entrega, la tradición de bienes materiales ya sean muebles e inmuebles, como el contrato de compra venta, de suministro. Las obligaciones de hacer, pueden ser de resultado o de medio. En los casos de resultados, se trata de aquellos contratos de consultoría para la elaboración de estudios técnicos, diseños para la contratación y ejecución de proyectos de infraestructura, pues el resultado será los planos, los diseños, los proyectos etc, mientras que en los contratos de prestación de servicios profesionales, las obligaciones son de medio, en tanto lo que el profesional asume es una obligación de deber, diligencia y cuidado y es poner todo los esfuerzos y su conocimiento para prestar los servicios jurídicos, médicos etc. Las obligaciones de no hacer, se presentan en aquellos contratos donde el Estado pacta cláusulas de confidencialidad, en donde se compromete a no revelar ninguna de las partes los productos e información obtenidos durante la ejecución del contrato hasta que no se ciertas condiciones de temporalidad, o económicas o de oportunidad del proyecto.

Sexta. El incumplimiento definitivo, provisional y el cumplimiento defectuoso del contrato siempre tendrá consecuencias patrimoniales.

El incumplimiento en la ejecución de la prestación debida, cuando se presenta por omisión temporal del deudor contratista del Estado, esto es que se presentó una ejecución tardía de ésta, puede ser superable en la medida en que no obstante la entrega posterior de los bienes y servicios pactados, el contratista puede hacer esa entrega cuando aún el contratante está en condiciones de recibirla y de hacer destinación oportuna de estos a la finalidad que está llamada a cumplir, sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales que le genere al contratista o a los usuarios por la ejecución tardía de la misma. La sanción por cumplimiento tardío es producto de la misma estipulación contractual, como las sanciones pecuniarias penales, pero la cuantificación del daño patrimonial percibido por la mora será determinada por el alcance mismo de la prolongación de la mora.

El carácter definitivo del incumplimiento se presenta de igual manera, cuando no obstante el contrato se encuentra válido y vigente, la prestación inejecutada resulta sobrevenidamente imposible de cumplir, es decir, es insuperable la omisión en tanto así sea materialmente posible la ulterior ejecución, ya su cumplimiento no resulta idóneo para cumplir con la finalidad a que estaba destinado el objeto del contrato incumplido. La importancia de este asunto *iuris* radica en que condice tanto la jurisprudencia ordinaria de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, como la jurisprudencia especializada del Consejo de Estado e incluso ha sido objeto de unificación.

Séptima. La responsabilidad civil contractual tiene como presupuesto la celebración de un contrato estatal válido y que el daño patrimonial surja de la inejecución de las obligaciones estipuladas en el contrato.

La validez del contrato estatal es el principal presupuesto para exigir el cumplimiento

oportuno de las obligaciones y prestaciones que contienen sus estipulaciones. El régimen jurídico de la responsabilidad civil-contractual conforme a la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, exige que para que haya responsabilidad del deudor respecto del acreedor contractual exista un contrato válidamente celebrado, y que el daño patrimonial que soporte el acreedor contractual de la prestación provenga del deudor de la obligación, y que esta sea producto de la inejecución de las obligaciones pactadas en el contrato, ya sea por omisión, o acción defectuosa, tardía, irregular o inoportuna. Esta inejecución de las obligaciones pueden encontrar su fundamentación en el incumplimiento de los deberes pre-contractuales, o de la inejecución de las obligaciones contractuales, o de incumplimientos post-contractuales pero dentro de la vigencia del mismo.

El daño patrimonial y el deber de reparar surge entonces de la inejecución o cumplimiento defectuoso de la prestación durante el plazo del contrato, o de las obligaciones que subyacen al contrato durante el periodo contractual que continúan vigentes una vez vence el plazo del contrato, y que son consecuencia de la identidad que existe entre las obligaciones pactadas en el contrato y las obligaciones incumplidas.

Esos daños derivados de la inejecución de las obligaciones estipuladas en el contrato por omisión, retardo, mora o cumplimiento defectuoso, tardío, irregular, inoportuno del contrato surgen del análisis de las estipulaciones del contrato estatal, en la medida que debe establecerse de manera real y concreta las prestaciones debidamente asumidas por el deudor contractual y establecer si la prestación surge del objeto o tipología de cada contrato en especial a que se obligó el mencionado deudor, o determinar si el daño patrimonial surge del incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato.

En este orden de ideas, determinamos que el daño patrimonial de naturaleza contractual, es consecuencia de la inejecución del contrato, cuando se establezca

que necesariamente el daño no se habría producido si las partes hubiesen ejecutado el contrato de manera oportuna y de acuerdo a las especificaciones y alcance cualitativo y cuantitativo de la prestación debida y estipulada en el negocio jurídico, cuyas obligaciones conmutativas exigen un justo equilibrio entre las obligaciones adquiridas, el objeto, precio y modalidad de pago, lo que se traduce en que durante en la afirmación de que el daño patrimonial contractual que se produce durante la gestión pre-contractual, de ejecución contractual y post-contractual Estado siempre será consecuencia del incumplimiento total o parcial del contrato, inexecución definitiva o provisional de las prestaciones debidas, por el cumplimiento defectuoso ya sea por mora, retraso, omisión, acción, operación administrativa, ejecución tardía, inoportuna o irregular de la prestación.

Octava. Los elementos de la responsabilidad civil contractual en los contratos de Derecho privado son transversales a los contratos estatales

La doctrina nacional y la jurisprudencia ordinaria, han coincidido en que la fundamentación del Derecho de la responsabilidad civil o el derecho de daños de orden contractual, -que tiene soporte en el mismo contrato celebrado-, tiene tres elementos a saber: La conducta o comportamiento contractual del demandado; la culpa como elemento adicional de la responsabilidad civil derivada de la gestión del contrato estatal; , el daño patrimonial y el deber de reparar; y el nexo de causalidad entre la conducta y el daño patrimonial.

Luego de estudiar la jurisprudencia contencioso administrativa sobre el fundamento y los elementos de la responsabilidad civil-contractual en tratándose de la gestión de los contratos estatales; encontramos que el Consejo de Estado ha establecido por

vía de jurisprudencia unificada que los elementos del Derecho de la responsabilidad civil o el Derecho de daños de orden contractual son transversales tanto a los contratos de Derecho privado, ya sean civiles, comerciales o financieros, como a los contratos estatales, pues en uno y otro caso los elementos de la responsabilidad civil contractual es la conducta o comportamiento del deudor contractual, pues en un régimen de responsabilidad civil objetiva las partes deben responder civilmente sólo por el hecho de haber asumido algunos riesgos en el contrato sin que medie exigencia de culpa para ello, y son los casos de donde surge la responsabilidad civil objetiva sin culpa, pro el hecho de haberlo aceptado así en las estipulaciones pactadas en el contrato estatal. De allí que la responsabilidad civil- contractual surge con la conducta, la ocurrencia del daño y del nexo causal entre el primer elemento y el segundo, lo que jurídicamente se traduce en que la culpa no es en sí misma elemento esencial de la responsabilidad civil-contractual de naturaleza objetiva, en cambio si lo es el comportamiento contractual del contratante o contratista ya sea por vía de acción u omisión para aquellos casos en donde se requiere que el incumplimiento se haya producido por falta de diligencia, cuidado o co la voluntad actual de que se produjera e resultado dañoso.

La conducta por vía de acción u omisión se realiza en los casos de incumplimiento defectuoso, tardío, inoportuno o irregular de la prestación, mientras que en el incumplimiento definitivo la conducta del deudor es reprochable por la omisión en el cumplimiento de lo estipulado, ya que al deudor le es exigible el cumplimiento de la obligación pactada, sopena de incurrir en un ilícito civil de donde surge el grado e

intensidad de la reprochabilidad social, jurídica y judicial.

Novena. El principio de legalidad contractual se define como la integración de los principios y reglas contenidas en el ordenamiento jurídico civil, comercial, el Derecho administrativo, y el mismo Derecho de los contratos estatales, en sus tres fases.

Las conductas generadoras del daño contractual, y el nexo causal entre este y aquél, exige la determinación, verificación y alcance de las atribuciones jurídicas de esa conducta o comportamiento contractual que constituye el punto de partida de la responsabilidad civil-contractual, ya que necesariamente hay que contrastar la conducta del agente con las estipulaciones que expresamente se han pactado en el contrato, pues la existencia de esa contrariedad es la verificación del primer elemento de la responsabilidad civil-contractual que nos permite inferir que el daño patrimonial necesariamente es consecuentemente producido por el incumplimiento a esos deberes obligaciones contenidos en el principio de legalidad contractual y en el contrato mismo.

Décima: En el Derecho de la responsabilidad civil de la gestión de los contratos estatales, la culpa es la participación del agente contractual-deudor de la prestación en el factor generador de la conducta en cuanto causa el daño.

Para la jurisprudencia civil y contenciosa administrativa, la culpa contractual

determina el fenómeno de la imputación del daño, que no es otra cosa que el deber de reparar que surge en un régimen de responsabilidad determinante de la conducta que genera el daño y la relación de causalidad que se produce entre ella como causa y el daño patrimonial como efecto. Así las cosas, cuando nos referimos a falta o culpa contractual a título de dolo y a falta o culpa a título de culpa, nos estamos refiriendo exactamente a lo que es lo mismo.

Quien tiene la capacidad de incurrir en culpa, es el deudor de la prestación y es quien tiene la capacidad para incurrir en culpa por acción u omisión, y este es, el agente que tiene la vocación legal para celebrar el contrato, ejecutar sus prestaciones y en desarrollo de estas actuaciones, puede crear una situación dañosa cuya causa eficiente es el incumplimiento de la prestación debida.

Décima primera. El ejercicio de un control efectivo a en el cumplimiento de las prestaciones en un contrato estatal debe comprender la tres fases de la gestión contractual del Estado.

Los elementos del derecho de la responsabilidad civil-contractual o el Derecho de daños contractuales, entendido como aquellas aminoración que se produce de manera injustificada en el patrimonio del acreedor contractual por parte del deudor de la prestación, se presentan en tres fase identificables a saber: En la primera, durante la fase-precontractual se identifican conductas o comportamientos contractuales del deudor, ya sea por acción o por omisión que generan detrimento

patrimonial, y lo mas común es que durante esta fase se identifiquen hechos jurídicos que pueden trascender a la fase pre-contractual de tal manera que es el punto de partida que contribuya a la configuración del daño que se ha de consolidar en la fase de ejecución contractual o post-contractual.

La segunda fase, es la de ejecución del contrato, que inicia a partir de la celebración del mismo y se extiende durante el plazo de ejecución del mismo. Así podemos identificar los elementos de la responsabilidad civil desde el momento mismo en que nace el contrato a la vida jurídica como es el caso de la oferta que se valida sin que reúna los requisitos técnicos, financieros, operativos y no obstante e le adjudica a ese oferente el contrato. Desde ese mismo momento contractual, surge el primer comportamiento de las partes contratantes, y es el punto de partida del incumplimiento definitivo o el cumplimiento defectuoso de la prestación esencial del contrato que es el objeto mismo, ya que lo que se evidencia e infiere es la ejecución irregular y defectuosa del mismo, y con ello la configuración del daño patrimonial y el nexo de causalidad entre la conducta omisiva de adjudicar sin el cumplimiento de los requisitos, y la consecuente obra defectuosa construida si se trata de contratos de construcción de infraestructura.

Luego en la fase tercera, de liquidación del contrato, por excelencia es aquella que debe analizar el objeto y el cumplimiento de las prestaciones comunes de las partes, y las obligaciones especiales tanto de contratante como de contratista. Así las cosas, este es el momento de evaluación del alcance de la ejecución de cada una de las

prestaciones, y es de donde se debe determinar el cumplimiento correcto y adecuado de las prestaciones del contrato, o si por el contrario se ejecutaron las prestaciones de manera defectuosa, o si se presentó incumplimiento definitivo, total, parcial o provisional del contrato. Lo que se cuantifica en la liquidación del contrato, es el alcance económico de los rubros del daño contractual producido, esto es el daño emergente y el lucro cesante, que por hechos contractuales serán mayores cantidades de obra, obras adicionales, restablecimiento del equilibrio económico del contrato, mayor permanencia en obra, mayor servicio de interventoría entre otros.

Décima segunda. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, luego de la entrada en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ha producido las Sentencias de Unificación de Jurisprudencia sobre el carácter transversal de los elementos del Derecho de la responsabilidad civil contractual aplicables a los contratos estatales.

Con lo anterior, podemos finalmente concluir, que hemos establecido luego del estudio cronológico de la jurisprudencia ordinaria de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado a partir de la expedición del C.P.C.A, que la responsabilidad civil como régimen jurídico que permite aplicar la justicia del contrato conmutativo, y como negocio jurídico de atribuciones patrimoniales, es el punto de partida para establecer la denominada “*zona común del contrato administrativo*”, pues concluimos que en este escenario o espacio contractual se incorporan tanto en los contratos de Derecho Privado celebrado entre particulares como en los contratos

celebrados entre el Estado o las administraciones públicas con los particulares todos aquellos institutos de los contratos civiles que igualmente son aplicables a los contratos administrativos, tales como las cláusulas esenciales, de naturaleza y accidentales cuya noción se encuentra definida en el Código Civil, así como también los elementos de la responsabilidad civil contractual que le son aplicables al género de los contratos.

El avance legal, doctrinario y de la jurisprudencia en materia contenciosa administrativa, mas importante es la *ius privatización* tanto del régimen jurídico aplicable a los contratos estatales en esa zona común, como la regulación jurídica de los riesgos contractuales, pues antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, mientras en los contratos de Derecho privado, esto es los civiles, comerciales y financieros los riesgos propios de cada contrato se estipulaban y pactaba su asignación conforme a la autonomía de la voluntad de las partes, y en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública se establecía que los contratos de concesión y todos aquellos que se pacten a precio global es riesgo exclusivo del contratista; hoy por hoy la mencionada Ley y su Decreto 1082 de 2015 reglamentario, cambió la naturaleza de esta estipulación, en cuanto en el pasado era una cláusula esencial y de la naturaleza del contrato, mientras que en la actualidad la cláusula del manejo de los riesgos contractuales es una estipulación accidental, es decir, requiere que se pacte en clausulas especiales expresamente la distribución, asignación, estimación y asunción de los riesgos previsibles y ordinarios. Esto quiere decir, que existe una huida del Derecho administrativo como principio regulador de los contratos

estatales para darle espacio al Derecho privado, pues veamos como en materia de riesgos contractuales, como en relación a los atributos de las relaciones patrimoniales y de los elementos de la responsabilidad civil-contractual tanto la doctrina, la jurisprudencia y el mismo ordenamiento jurídico ha desplazado estos institutos de los contratos civiles a los contratos que celebra las administraciones públicas.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA

ABASCAL MONEDERO, PABLO-JOSÉ. *La responsabilidad por vicios en la construcción (Análisis del artículo 1.591 del Código Civil)*, Sevilla. Libros Jurídicos Hispalex, 1999, 211 pp.

ABALDALEJO GARCÍA, Manuel y DIAZ ALABART, Silvia: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1992, pp 183-187.

ANGEL YAGUEZ, Ricardo. *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación Civil*. Madrid, Tecnos, 1969, 216 pp.

ARIZA ARCA, Antonio. *Los seguros de construcción y de daños en la Ley de Ordenación de la Edificación*, en *El Consultor Inmobiliario*, La Ley, año 1, número 2, mayo 2000, pp.4-24.

ACEVEDO, J.; ECHEVERRY, J. C.; OSPINA G.; LLERAS, G. C. *El transporte como soporte al desarrollo de Colombia, una visión al 2024*, Primera Edición, Universidad de los Andes, Bogotá D.C., 2009.

ACOSTA RUBIO, N. *El derecho de la oferta de servicios de salud en Colombia y las autoridades administrativas en la vía gubernativa*, Primera edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2008.

ALDANA DUQUE, H. G. *“Principios especiales y cláusulas obligatorias en la contratación administrativa” en el Derecho Administrativo Latinoamericano*; Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1986.

- *“Las cláusulas excepcionales. Definición de las mismas, su finalidad, su alcance y sus límites”*, en Misión de contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo II. Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Evaluación de Gestión y Resultados. Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP-FONADE-Proyecto MAFP II-Convenio 191113, Bogotá, julio de 2002.

ALEXANDRI RODRÍGUEZ, A. *De los contratos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

ANGEL YÁGUEZ, Ricardo. *Los créditos derivados de los contratos de obra. Su protección legal en la legislación Civil*, Madrid, Tecnos, 1969, 216 pp.

ANGEL ZEA, A. *“La delegación de funciones y atribuciones en materia de contratación. Su importancia, justificación y límites a la delegación”*, en Misión de contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo II. Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Evaluación de Gestión y Resultados. Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP-

FONADE-Proyecto MAFP II-Convenio 191113, Bogotá, julio de 2002.

ARANGO CASTRO, Camilo Daniel. *Gestión inmobiliaria en los proyectos de infraestructura*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. 2007.

ARCINIEGAS MARTÍNEZ, G. A. *“Policía Judicial y nuevo código de procedimiento penal”*, Ediciones nueva jurídica, Primera edición. 2001.

ARDILA DUARTE, B. *“Historia de la Legislación contractual”*, en *Contratos Administrativos. Nuevo régimen legal. Estudios sobre los antecedentes, principios, alcances y contenido*. Bogotá D.C; Ediciones Cámara de Comercio de Bogotá, 1983.

ARENAS MONSALVE, G. *El derecho colombiano de la seguridad social*, Segunda Edición, Legis Editores S.A., 2007.

ARIÑO ORTÍZ, G. *Principios de derecho público económico, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, segunda edición, Comares Editorial, Madrid 2001.

ARIZA MORENO, W. *“La cláusula de multas en la contratación estatal”*, en *Revista de Derecho Público No. 11. Diez años de la Especialización en gestión pública e instituciones administrativas*. Universidad de los Andes, Bogotá. 2000.

“Los contratos de prestación de servicios y su utilización por parte de las entidades estatales”, en *Misión de contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*, Tomo I. Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Evaluación de Gestión y Resultados. Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP-FONADE-Proyecto MAFP II-Convenio 191113, Bogotá, julio de 2002.

AROCHA ALARCON, Y.; PINO RICCI, J. *“El equilibrio económico y financiero del contrato”*, Régimen de contratación estatal, 2ª edición, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 1997.

ARRIETA PADILLA, C. G. *“Organismos de control y su papel en la contratación de las entidades estatales. Definición de máximos. El papel del SICE”*, en Misión de contratación: *Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*, Tomo II. Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Evaluación de Gestión y Resultados. Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP-FONADE-Proyecto MAFP II-Convenio 191113, Bogotá, julio de 2002.

ARROYO ZAPATERO, L. *El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea*. Revista de Derecho Penal, No. 3. Barcelona, 1999.

ATEHORTÚA RIOS, C. A. *Servicios públicos domiciliarios*, Legislación y Jurisprudencia, Segunda Edición, Biblioteca Jurídica Dike. 2005.

- *Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación estatal*, Medellín. Editorial Dike, 1995.

ATIENZA, M. *Las razones del derecho: teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1993.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles Tomo I, II, III, IV*. Medellín, 12 Edición, 2008. Ediciones Biblioteca Jurídica Dike.

BADOSA COLL, Ferrán. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Bolonia. Publicaciones del Real Colegio de España, Colección Studia Albornotiana, dirigidos por Evelio VERDERA y TUELLS, Zaragoza, Cometa S.A, 1987, 1.042 pp.

BARAONA GONZALES, Jorge. *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Prol. Ramón DURAN RIVACOBÁ, Madrid, Dykinson, 1988, 350 pp.

BARASSI, L. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II, Barcelona, 1955)trad. Esp. Sobre la 4ª. Ed. Italiana por GRACIA DE HARO Y FALCON, teoría generale delle obbligazioni, 2ª. Ed. Milano, 1948.

BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José. *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Ed. Revista de Derecho, 1956. 526 pp.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Contrato de arrendamiento de obra. Responsabilidad por vicios en la construcción. Incongruencia: reformatio in peius. Valoración de la prueba de peritos*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencial Civil, 1991.

BEZZI, O.M. *El contrato de obra pública*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.

BLANCO SOLER, Ángel. *Contratos sobre construcción de edificios*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, octubre 1943, Madrid. núm. 185, pp. 649-660.

BOTANA, Gemma A. *Contratos conexos. Deber de información. Responsabilidad del arquitecto técnico en el contrato de obra*. Sentencia de 6 de julio de 1990. Anuario de Derecho Civil, (Fasc I), Madrid. 1992.

BARRERA NUÑEZ, M. A. *Código disciplinario del abogado*, comentado por uno de sus redactores, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2008.

BECERRA, BARNEY, M. F. *El nuevo control fiscal en Colombia. Normas constitucionales y legales*. Junio 20 de 1994 Bogotá, Colombia

BENAVIDES, J. L. *El contrato estatal; entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004

BETANCOURT AGUILAR, J. H. *El Control Fiscal en Colombia*. Bogotá DC: Luz Editorial, 1995.

BETANCOURT CUARTAS, J. *Nuevo estatuto de Contratación Administrativa*, 7ª Edición, Bogotá, Biblioteca Jurídica DIKE, 1996.

BETANCOURT JARAMILLO, C. *Derecho Procesal Administrativo*. Medellín. Editorial ABC, Edición 2002.

BONIVENTO FERNANDEZ, J. A. *Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con comerciales*. Librería Ediciones del Profesional. Bogotá DC, 2008.

CAMPILLO PARRA, C. E. *“Celebración y ejecución de contratos estatales”*, Panamericana formas e impresos S.A. Primera Edición 2004

CASTAÑO DE RESTREPO, M. P. *Responsabilidad Civil y Patrimonial del Estado, Derivada de la Administración y Prestación de Servicios de Salud*, Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., 2003.

CAÑEDO-ARGUELLES. C. *La calidad en obras civiles. Punto de vista de los consultores, en Jornadas sobre la calidad en la construcción y el mercado único*, Madrid, SEOPAN. Ministerio de Industria Comercio y Turismo y Centro de Estudios y experimentación de Obras Públicas, 22 al 24 de octubre de 1991. Madrid, 134 pp.

CEPEDA ORTIZ, C. A. *El Sistema de Control Interno del Estado*. Ediciones Librería El Profesional. Primera Edición. Bogotá, 2001. 157, pp.

COLAIACOVO, J. L.; AVARO, R. D. *Joint Ventures, y otras formas de cooperación empresarial internacional*, Macchi Grupo Editores S.A., Buenos Aires, 2000.

COLOMA CHICOT, J. A. *La responsabilidad civil en el delito fiscal*, Monografías Jurídicas, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 2001.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Guía del Ejercicio del Control Fiscal Audite Versión 3.0*. Aprobada mediante Resolución 5774 del 31 de agosto de 2006.

CUELLO IRIARTE, G.; CUELLO HERMIDA, A.; PUERTO VALENCIA, J. A. *El daño especial, El daño especial, como título de imputación de la responsabilidad del Estado*, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá D.C., 2009.

CRISTOBAL MONTES, Ángel. *El pago o incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, 1986, 221 pp. Estudios de Derecho de obligaciones, Zaragoza, Librería General, 1985, pp. 99 a 135.

DEL CASTILLO MARTÍNEZ, Luis David. *Derecho Urbano y Construcción*. Ediciones Jurídicas Radar, Bogotá. 2007.

DE CUPIS, Adriano. *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, 1975.

DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de buena fe*. Bosch Casa Editorial, Barcelona. 1965.

DIEZ-PICAZO, Luis. *El árbitro de un tercero en los negocios*. Barcelona, Bosch, 1957, 335 pp. *Posesión y contrato de obra*, en Estudios de Derecho Civil. Madrid,

Editorial Revista de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, pp. 245 a 261.

-Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción a la Teoría del Contrato. Vol. II, 4ª. Ed., Madrid, Civitas, 1993, 489 pp.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús. *Las imprudencias punibles en la construcción*, Granada, Ed. Comares, 1996, 230 pp.

DURRIEU, Mauricio. *La Legislación Civil: de los contratos de obra.* Buenos Aires, 1939, 245 pp.

ESCOBAR ESCOBAR, J. F. *Derecho de transporte terrestre*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, 2004.

ESCOBAR HENRIQUEZ, A. B. *El contrato estatal de obra.* Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Santa fe de Bogotá, 2000.

FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. La responsabilidad civil por vicios de construcción, Bilbao. Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1976. Madrid, 124 pp.

FONSECA GONZALES, Rafael. *La responsabilidad Civil de los Ingenieros técnicos en la dirección de obras derivadas de la contratación privada.* Separata de la obra colectiva. Profesiones Técnicas y Derecho, Oviedo. 1996. 345 pp.

FRANCO GUTIÉRREZ, O. *La contratación administrativa*, Cuarta edición, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa fe de Bogotá, 2000.

HERNÁNDEZ GAMARRA, A. *El Estado y el Control Fiscal en Colombia. Esbozo*

Histórico. Contraloría General de la República. 2004.

GÁMEZ VIZCAÍNO, J. M. *Manual de procedimiento de la contratación estatal*, Segunda edición, Legis Editores S.A., 2001.

GABINETE URBIS. *La gestión inmobiliaria y los defectos y responsabilidades en la construcción*. Vol II, Ed. Eurosystem. Madrid, 2000. 132 pp.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Democracia, jueces y control de la administración*, Quinta edición ampliada. Civitas ediciones S.L. Madrid.

GARCÍA AMIGO, Manuel. *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid. Ed Tecnos, 1985 234 pp.

GARCIA GIL, F. Javier. *El contrato de ejecución de obra y su jurisprudencia*. Madrid, Dykinson, 1985, 749 pp.

-Obligaciones de los contratantes, vicios y defectos en la construcción y otros trabajos, responsabilidades de los agentes de la edificación, en la doctrina del Tribunal Supremo 2ª. Ed., Madrid, Dykinson, 2000, 814 pp.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. *Contrato de ejecución de obra. Obligación solidaria: extinción, novación por transacción con alguno de los codeudores. Cláusula de revisión de precios*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1984 236 pp.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos Rafael. *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*. Barcelona, Bosch, 1990. 256 pp. 3ª Ed. Revisada y actualizada, 1984 145 pp.

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. *El contrato de Obras. La Concesión de Obras públicas como contrato*. Madrid, Civitas, 1996, pp. 603 a 614.

GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A. *El contrato administrativo de consultoría y asistencia*, Monografías Jurídicas, Marcial Pons ediciones Jurídicas y sociales S.A., Madrid 2002.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. *El contratista de la administración pública*, Monografías Jurídicas, Cámara de cuentas de Andalucía, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2000.

GÜECHÁ MEDINA, C. N. *Contratos administrativos, Control de legalidad de los actos precontractuales*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2008.

GUILLEN, R.; VINCENT, J. *Diccionario Jurídico*, Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia 2004.

GUZMÁN E, J. V. *Contratos de transporte*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2007.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *El Federalista*. Selección de Obras de Política y Derecho. Fondo de Cultura Económica de México. Segunda edición en español, 2001, segunda reimpresión 2006.

HENAO HADRÓN, J. C. *El Daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*, Universidad Externado de Colombia. 1998.

HERNÁNDEZ M, P. A. *Descentralización desconcentración y delegación en Colombia*, Primera Edición, Legis editores S.A. Bogotá. 1999. 345 pp

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, I. *Teoría y Política Fiscal*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2005. 278 pp.

HERRERA CATENA, Juan. *Responsabilidades en la construcción. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*. Granada, Ed. Gráficas del Sur, 1983 y 1985. Vol II, 324 a 348 pp.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. *Los contratos internacionales de construcción llave en mano*. Colección Ciencia Jurídica y Derecho Internacional. Granada, Ed Comares, 1999, 434 pp.

HINESTROZA, F. *La representación*, Primera Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008. 356 pp.

ITURRASPE MOSSET, J. *Contratos simulados y fraudulentos, Tomo I, Contratos Simulados*, Primera Edición, Reimpresión, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires 2001.

- *Contratos simulados y fraudulentos, Tomo II, Contratos Fraudulentos*, Primera Edición, Reimpresión, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires 2001.

JARAMILLO DÍAZ, J. C. *Entidades sin ánimo de lucro, Características y aplicaciones del régimen tributario*, Cuarta Edición Primera reimpresión, Legis Editores S.A. 2008.

JURISTO SÁNCHEZ, Rafael. *La ejecución del contrato de obra pública*, 2ª. Ed., Madrid, Rafael Juristo Sánchez, 1991, 481 pp.

KELSEN Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*. Universidad autónoma de México. 1995.

LASARTE ALVAREZ, Carlos. Contratos. Principios de Derecho Civil III. Editorial Marcial Pons, Principios de Derecho Civil, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015; Tomo 1 - Derecho de la persona, 21ª ed., ISBN 978-84-16402-23-6; Tomo 2 - Obligaciones, 19ª ed, ISBN 978-84-16402-24-3; Tomo 3 - Contratos, 17ª ed., ISBN 978-84-16402-25-0.

-Curso de Derecho civil patrimonial, 21ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2015, ISBN 978-84-309-6582-3.

LAGUNA DE PAZ, J. C. *La autorización administrativa*, Primera Edición, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2006.

LEGUINA VILLA, Jesús. *La responsabilidad civil de la administración pública*. Editorial Tecnos., Madrid, Reimpresión 2007.

LÓPEZ BLANCO, H. F. *Procedimiento Civil*. Tomo I. Novena Edición. Dupre editores. 2005.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Comentarios al Contrato de Seguro*. Dupre Editores, Bogotá. 2004.

LÓPEZ CABANA, R. M. *Contratos especiales del XXI*, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1999.

LÓPEZ MORA, Luis Manuel y DE LA CAMARA MINGO, Fernando. *Derecho Civil básico. Los contratos relacionados con la construcción*. 1ª Ed. Madrid. 2001, 345 pp.

MANTILLA ESPINOSA, F.; OÑATE ACOSTA, T. *Técnica de redacción de contratos*, Cámara de Comercio de Bogotá D.C., Universidad del Rosario, Impreso por Editorial

Kimpres Ltda., 2006

MATALLANA, E. *Manual de la contratación de la administración pública, Ley 80 de 1993*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, 2005.

MELÉNDEZ JULIO, I INOCENCIO. *Los Contratos de Concesión en el Sistema TransMilenio: Esquema Jurídico y Praxis Contractual*, Universidad de los Andes, Facultad de Administración, MBA Magíster en Administración: Gestión Pública, Bogotá D.C., 2005. 345 pp.

- *Teoría de la falta gravísima y juzgamiento disciplinario de los contratos estatales*. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales, Magíster en Derecho. Bogotá Distrito Capital, 2005. 457 pp.

-*La responsabilidad contractual en el derecho público de los contratos estatales*. Editorial Doctrina y Ley. Bogotá 2009. 1ª Edición. 601 pp.

- *La adecuada identificación, tipificación, asignación y distribución de los riesgos contractuales. La norma y la política pública como mecanismos de protección del patrimonio económico de las partes en el contrato estatal en: Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI. Las Nuevas Tendencias del Derecho Administrativo*. Editorial Temis S.A. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2010.

- *Sistemas de control del Estado y de la Administración Pública en particular*. *Revista Doctrina, Jurisprudencia e Investigación*, Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá, 2010.

NARANJO GALVES, R. *Eficacia del Control Fiscal en Colombia: Derecho comparado, historia, macro organizaciones e instituciones*, Bogotá DC: Universidad del Rosario, 2007.

NARANJO MESA, V. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Novena edición. Editorial Temis, Bogotá.

NARVÁEZ GARCÍA, J. I. *Derecho Mercantil Colombiano, Volumen IV Tipos de Sociedades*, segunda Edición Tercera reimpresión, Legis Editores, 2005.

NUÑEZ TRUJILLO, A. J. *Nuevo Régimen de bolsa de productos, Decreto 1511 de 2006*, primera Edición, Legis Editores S.A., 2007.

ORDUZ MALDONADO, H; ROJAS B, C. L. *Cómo redactar un contrato*, Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., 2003.

OSSARBELAEZ, J. *Derecho Administrativo Sancionador*. Primera Edición, Editorial Legis 2000.

OSORIO ARTURO, Edna Lorena. *Los Joint Ventures*. Ediciones Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1999.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Abuso del Derecho*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Católica de Uruguay, y Universidad Javeriana. 2009.

PABÓN PARRA, P. A. *Código penal esquemático*, Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., 2008.

PALACIO HINCAPIÉ, J. A. *La contratación de las entidades estatales*, Cuarta Edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín 2003.

PARRA GUTIÉRREZ, W. R. *Los contratos estatales*, Cuarta Edición, ediciones Librería del Profesional, Santa fe de Bogotá, D.C., 1999.

PARRA PARRA, J. E. *El contrato de Joint Venture*, Ediciones Jurídica Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá D.C., 2004.

PINO RICCI, J. *El régimen jurídico de los contratos estatales*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, 2005.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo. *La entrega de cosa diversa a la pactada como incumplimiento resolutorio en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en revista General del Derecho, Junio de 1992; Madrid, 2007, núm. 573, 5.081 a 5.106 pp.

RENGIFO GARCÍA, E. *La fiducia mercantil y pública en Colombia*, Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia, 2006.

RESTREPO, J. C. *Hacienda Pública*, 7ª edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2005.

REYES LÓPEZ, María J. *Derecho de consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación*. Comentarios, legislación y jurisprudencia. Valencia, Editorial General de Derecho, Sl., 1993, 625 pp.

RICO PUERTA, L. A. *Teoría general y práctica de la contratación estatal, conforme con la Ley 1150 de 2007*, Quinta Edición, Editorial Leyer, Bogotá D.C., 2007.

ROBERT, A. *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa editorial, Estudios alemanes, España, 2ª Reimpresión 2004.

ROCA AYMAR, J. L. *Contratación Internacional*, Ediciones Mundi – Prensa, Madrid 1994.

RODRÍGUEZ AZUERO, S. *Negocios fiduciarios, su significación en américa latina*, Primera Edición, Legis Editores S.A., 2005.

- *Contratos Bancarios, su significación en américa latina*, Sexta Edición, Legis Editores S.A., 2009.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Estructura del Poder Público en Colombia*, Octava Edición, Bogotá D.C. Editorial Temis.

ROMERO DÍAZ, H. J. *La conciliación judicial y extrajudicial, su aplicación en el derecho colombiano*, Primera edición, Editorial Legis S.A., Bogotá D.C., 2006.

ROTHERY, B.; ROBERTSON I. *Outsourcing, La subcontratación*, Editores Limusa S.A., 2000.

-*El alcance vinculante de los contenidos publicitarios en la contratación con consumidores y usuarios*. Consuelo Camacho Pereira. Tesis doctoral dirigida por Lourdes Tejedor Muñoz, Juana Ruiz Jiménez. Universidad Nacional de Educación a Distancia (2011).

SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa.

La recepción en el contrato de obra. 1ª Ed. Madrid. Editorial CISS, 2001, 171 a 328 pp.

-Hacia una armonización comunitaria del Derecho de la construcción, en Derecho de los Negocios, La Ley, núm 21, junio 92, 32 a 42 pp.

El control de calidad en la edificación, en Consultor Inmobiliario, la Ley, año 1, núm. 3 de junio, 41 a 52 pp.

La obra a satisfacción del propietario, en el Consultor Inmobiliario, la Ley, año 2, núm. 9, enero de 2001, pp 32-49-

La verificación de la obra, en Consultor Inmobiliario, La Ley, núm. 15, julio/agosto 2001, 25 a 45 pp.

Comentarios a la ley de Ordenación de la Edificación, varios autores bajo la dirección de LUCIANO PAREJO, Alfonso, ed Tecnos (Grupo Anaya).

SANDOVAL ESTUPIÑÁN, Luz Inés. *Contratación estatal y contratación en salud del Estado colombiano*. Club de Abogados. Grupo Editorial Ibáñez, Volumen 3. Bogotá, 2009.

SAAVEDRA BECERRA, R. *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, Grupo editorial Ibáñez. Bogotá D.C. quinta reimpresión 2008.

SANGUINO MADARIAGA, A. *Delitos contra la administración pública en la jurisprudencia, Peculado, Prevaricato, Concusión, Cohecho y Celebración Indevida de Contratos*, Librería Jurídica Sánchez R, Ltda., Medellín, Edición 2008.

SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. *Derecho Urbanístico, Legislación y Jurisprudencia*, Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2009.

SANTOS BRIZ, Jaime. *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*

en revista de Derecho Privado, mayo 1972, 383 a 419 pp.

SOLANO SIERRA, J. E. *La expropiación, administrativa – judicial – excepcional – sui géneris, tratado teórico práctico*, Primera edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., 2004.

SOLARTE MAYA, F. *Contratos estatales atípicos, Transparencia contractual, Ley 1150 de 2007, contratos de la Salud, Ley 1122 de 2007*, Primera Edición, Ediciones Nueva Jurídica, 2008.

SUAREZ BELTRAN, Gonzalo. *Estudios de Derecho Contractual Público*. Legis, 2014.

SUESCUN MELO, Jorge. *Derecho Privado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Legis, Universidad de los Andes. 2008.

SPOTA, Alberto G. *Tratado de Locación de obra* 2ª. Ed., Buenos Aires, Ed. Arayú, 1953, 2 Vols.: Contratos de Obra, 2. Construcción e ingeniería, 3ª. Ed. Buenos Aires, Depalma, 1976, 656 pp.

TRIANA PERDOMO, J. M. *El Ejecutivo en la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá DC, 2003.

TRUJILLO MUÑOZ, A. *El Estado y el derecho*, Ediciones Academia colombiana de jurisprudencia. Santa fe de Bogotá. D.C.

URDANETA HERNÁNDEZ, G. *Licitación para ganar*, Tercera Edición, Universidad Santo Tomas, 1999.

URUETA ROJAS, J. M. *El contrato de concesión de obras públicas*, Primera Edición, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2006.

VARGAS CANTOR, E. F. *Interventoría de obras públicas, conceptualización y procedimentalización*, Segunda Edición, Grupo Editorial Ibáñez, 2008.

VASQUES MIRANDA, W. *Control Fiscal y Auditoria de Estado en Colombia*. Bogotá DC: Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2000.

VEEDURÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ D.C., *El contrato de prestación de servicios*, Editorial Mundo Empresarial Ltda., 2007.

VIDAL PERDOMO, J. *Derecho Administrativo*, Décimo Tercera edición, Bogotá, editorial Legis. 2008.

YOUNES MORENO, D. *Derecho de control fiscal, vigilancia para una gestión transparente de lo público*, quinta edición actualizada, Grupo editorial Ibáñez, Asociación mundial de transparencia, academia colombiana de abogacía. Bogotá D.C. 2006. P 30.

- Manual para la transparencia de la gestión pública territorial, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría delegada para la Descentralización y las Entidades Territoriales, Bogotá D.C., 2004

APÉNDICE

I. REPERTORIO DE LA JURISPRUDENCIA CONSULTADA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Corte constitucional. Sentencia SU- 772 de 2014. Referencia: Expediente T-3.623.056. Acción de tutela instaurada por Recaudos y Tributos S.A., contra la Alcaldía Distrital de Santa Marta. Tema: Procedencia de la acción de tutela frente a actos administrativos que versan sobre un contrato estatal. Problema jurídico: *¿procede la acción de tutela para revocar y dejar sin efectos un acto administrativo mediante el cual una entidad territorial inicia una actuación administrativa tendiente a revisar la legalidad de un contrato estatal con fundamento en la prohibición contenida en la ley 1386 de 2010?*. Derechos fundamentales invocados: Debido proceso. Magistrado

Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014). Procedencia de tutela en asuntos contractuales.

Sentencia C-068 del 25 de febrero de 1993, M.P. Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.

Sentencia C-036 del 25 de enero de 2005, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia C-054 del 24 de enero de 2001, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis

Sentencia C- 132 del 1º de abril de 1993, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-143 del 20 de abril de 1993, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-320 de 1994 del 14 de julio de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-547 del 1º de diciembre de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-086 del 1 de marzo de 1995, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-088 del 2 de febrero de 2000, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-178 del 29 de abril de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-205 del 8 de marzo de 2005, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-221 del 14 de abril de 1999, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-374 del 24 de agosto de 1995, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-469 del 19 de octubre de 1995, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-562 del 7 de octubre de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-230 del 25 de mayo de 1995, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell

Sentencia C-250 del 6 de junio de 1996, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C- 316 del 19 de julio de 1995, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-592 de 7 de diciembre de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C- 037 del 5 de febrero de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-326 del 10 de julio e 1997, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-372 del 25 de agosto de 1994, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C- 272 del 20 de junio de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-367 del 14 de agosto de 1996, M.P. Dr. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez.

Sentencia C-490 del 26 e septiembre de 1996, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

Sentencia C-508 del 8 de octubre de 1996, M.P. Dr. Alejandra Martínez Caballero.
Sentencia C-065 del 11 de febrero de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Jorge Arango Mejía.
Sentencia C-373 del 13 de agosto de 1997, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.
Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.
Sentencia C-374 del 25 de agosto de 1994, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.
Sentencia C-382 del 5 de abril de 2000, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.
Sentencia C-487 del 2 de octubre de 1997, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.
Sentencia C-414 del 22 de septiembre de 1994, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.
Sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentencia C-429 del 4 de septiembre de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia C-509 del 9 de octubre de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-540 del 23 de octubre de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.
Sentencia C-583 del 13 de noviembre de 1997, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.
Sentencia C-449 del 9 de julio e 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia C-452 del 10 de junio de 1999, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentencia C-037 del 19 de febrero de 1998, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.
Sentencia C-060 del 4 de marzo de 1998, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.
Sentencia C-110 del 25 de marzo de 1998, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.
Sentencia C-147 del 22 de abril de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia C-189 del 6 de mayo de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia C-499 del 15 de septiembre de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentencia C-489 del 26 de septiembre de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.
Sentencia C-506 del 10 de noviembre de 1994, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.
Sentencia C-561 del 4 de agosto de 1999, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
Sentencia C-562 del 7 de octubre de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
Sentencia C-633 del 21 de noviembre de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
Sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C- 030 del 27 de enero de 1999, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-218 del 14 de abril de 1999, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-702 del 20 de septiembre de 1999. Dr. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-403 del 2 de junio de 1999, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-623 del 25 de agosto de 1999, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-1339 del 4 de octubre de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-364 del 2 de abril de 2001, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-366 del 2 de abril de 2001, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-477 del 9 de mayo de 2001, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-557 del 31 de mayo de 2001, M.P. Dr. Eduardo José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy cabra.

Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

Sentencia C-183 del 13 de marzo de 2002, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-619 del 8 de agosto de 2002, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-1060 del 11 de noviembre de 2003, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-249 del 16 de marzo de 2004, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

Sentencia C- 131 del 18 de febrero de 2003, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-508 del 3 de julio de 2002, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-563 del 7 de octubre de 1998, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell y Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia T-001 del 3 de abril de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz.

Sentencia T-003 del 11 de mayo de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero,

Fabio Morón Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia T-413 del 5 de junio de 1992, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

Sentencia T-100 del 4 e marzo de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-157 del 23 de abril de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia T-525 del 16 de octubre de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

Sentencia T-769 del 18 de septiembre de 2002, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-832 el 22 de septiembre de 2003, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T- 1031 del 30 de octubre de 2003, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lyneth

II. REPERTORIO DE LA JURISPRUDENCIA UNIFICADA CONSULTADAS DEL Y CONCEPTOS DE SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA

Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina. Bogotá D.C., nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014). Radicación No. 2215. Expediente: 11001-03-06-000-2014-00134-00 Referencia: Concejos municipales. Autorización al alcalde para contratar. Límites

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera . Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., dos (2) de diciembre de dos mil trece (2013). radicación: 110010326000201100039 00 (41719) . Actor: Juan Carlos Castaño Posada. Demandado: Presidencia de la República y otros. Acción: Nulidad simple. Sentencia unificada sobre contratos de prestación de servicios y consultoría

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá D. C., veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009). Radicación número: 25000-23-26-000-2006-02062-01(34460). Actor: Integrantes del consorcio Intersidri. Demandado: Nación Colombiana-Ministerio de Agricultura-Fondo Dri; Secretaria Ejecutiva del Convenio Andrés Bello. Referencia: Contratos con organismos internacionales

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C, quince (15) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación: 85001-23-31-000-2000-00202-01 (19.730). Actor: Ordener Chavez Tibaduiza. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. Proceso: Acción contractual. Terminación unilateral de los contratos

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección c. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D. C., diecinueve (19) de octubre de dos mil once (2011). Radicación Número: 25000-23-26-000-1992-07954-01(18082). Actor: Anibal Franco Gómez. Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano-IDU -.Referencia: Acción contractual. Ejecución de obras no autorizadas

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil trece (2013). radicación número: 25000-23-26-000-2000-02011-01(24969) Actor: Helmy Cuecha Leal. Demandado: Cámara de Representante. Acción: Reparación directa-enriquecimiento sin causa. *Acción rem verso*

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). Actor: Pavicon Ltda. Demandado: Departamento de Cundinamarca. Referencia: Acción de controversias contractuales- buena fe en los contratos públicos

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección A. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00449-01(1807-13) Actor: Daniel Eduardo Sánchez Sierra. Demandado: Nación-Ministerio de

Defensa-Ejército Nacional- Hospital Militar Regional de Bucaramanga- contrato de prestación de servicios, elemento de subordinación

Consejo de Estado . Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sección tercera, Subsección C. Magistrado Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-15-000-2013-01919-00(ac) . Actor: Constructora Concreto S.A. violación al principio de planeación

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera- Subsección C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., mayo catorce (14) de dos mil catorce (2014). Radicación: Demandante: Construca S.A. Referencia:15001-23-31-000-1997-07016-01 (23.788). Demandado: Instituto Nacional de Vías –INVIAS-. Acción de controversias contractuales.- Notas y glosas en las liquidaciones de los contratos

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “a” . Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014).radicación : Expediente Radicado: 760012331000199900522-01 Demandante: Apuestas M.F. E.U. Demandado: Beneficencia del Valle del Cauca contratos- equilibrio económico del contrato

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera- Subsección C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013). Radicación número: 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697) . Actor: Dislicores comercializador internacional y otro demandado: Departamento de Córdoba. Referencia: Medio de control de controversias contractuales- caducidad de la acción de controversias contractuales

Consejo de Estado . Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C.,

veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 41001-23-31-000-1996-08864-01(24845). Actor: Consorcio Iván Javier Puentes - José Mauricio Andrade Monje. Demandado: Empresa de vivienda de interés social y reforma urbana de Neiva. Referencia: Apelación sentencia - Acción de nulidad y restablecimiento del derecho- naturaleza, alcance, características de los pliegos de condiciones

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación: Demandante: Demandado: referencia:05001-23-31-000-1998-01503-01 (25.750) Pavicol Ltda. y otros . Departamento de Antioquia. Acción de controversias contractuales- características contratos de prestación de servicios profesionales y elementos

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., ocho (8) de abril de dos mil catorce (2014). Radicación: Referencia:13001-23-31-000-2000-00341-01 (25.801) Demandante: Rocío Martínez Urieles. Demandado: Hospital U de Cartagena. Acción de controversias contractuales- régimen especial de contratación para entidades del sector salud

Consejo de Estado . Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “a”. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014). radicación : Expediente Radicado: 250002326000200201096 01 ~~26.028~~ Demandante: Carlos Hernán Rodríguez Achury. Demandado: Nación – Ministerio de transporte contratos- alcance, naturaleza, prestaciones y procedencia de la nulidad absoluta de los contratos

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación: Referencia: 25000-23-26-000-1995-

10866-01 (26.332). Demandante: Carlos Orlando Becerra. Demandado: Jardín Botánico José Celestino Mutis . Acción de nulidad y restablecimiento del derecho- responsabilidad precontractual del Estado

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (e) . Bogotá D.C., once (11) de junio de dos mil catorce (2014). Radicación: Expediente: Referencia: 540012331000199610279 01 ~~26.068~~ Demandante: Sociedades Cromas S.A. e Incoequipos S.A. Demandado: Instituto Nacional de Vías . Acción contractual – apelación sentencia- ruptura del equilibrio económico por nuevos tributos

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., junio doce (12) de dos mil catorce (2014). Radicación: referencia: 13001-23-31-000-1990-07713-01 (27.014). Demandante: Sociedad fertécnica Ltda. Demandado: Corelca S.A. Acción de controversias contractuales- silencio administrativo positivo contractual

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera “subsección b”. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourt. Bogotá, D. C., 27 de marzo de 2014. Expediente-Radicación No. 28204 250002326000199900802 01. Demandante: Informática datapoint de Colombia Ltda. Nación-rama judicial acción de controversias contractuales- facultad de imposición de multas al contratista

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. ~~Enrique Gil Botero~~ Bogotá D.C., junio doce (12) de dos mil catorce (2014). Radicación número: 13001-23-31-000-1999-00275-01(28279) ~~Agro y Unión Te Deponable~~ Demandante: Instituto Nacional de Adecuación de Tierras-Inat-. Referencia: Acción de controversias contractuales- régimen de contratación con organismos multilaterales

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C. diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014).radicación: 68001-23-15-000-1994-09826-01 (28.875) . Actor: Ingeniería civil vías y alcantarillados – Incivial S.A- Demandado: Instituto Nacional de Vías – Invias-. Proceso: Acción contractual ~~Asunto: oportunidad de apelación~~ oportunidad de imposición

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil catorce (2014). Radicación: 25000-23-26-000-2003-00753-01 (29.469) Actor: Médicos Asociados S.A. Demandado: Ministerio de Transporte. Proceso: Acción contractual. Asunto: Recurso de apelación- término caducidad de la acción de controversias contractuales

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014)radicación: 52001-23-31-000-2001-01115-01 (29.741) . Actor: BBVA Seguros Ganadero compañía de seguros S.A.- Demandado: Instituto Nacional de Vías – Invias-. Proceso: acción contractual . Asunto: recurso de apelación- oportunidad y limite temporal para declarar la caducidad.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincon. Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de dos mil catorce (2014). expediente 250002326000199802321 01 (28032). Actor: Felipe Parra Marin. Demandada Distrito Capital de Bogotá y otro acción contractual-procedencia de la caducidad

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02301-01(29857) ~~Asunto: oportunidad de apelación~~ compañía asegurador de fianzas

confianza S.A. Demandado: Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom.
Referencia: Contractual- garantía de cumplimiento después de liquidado el contrato

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera
Subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, D.C., veintiocho
(28) de agosto de dos mil catorce (2014). expediente 250002326000199715374 01
(31095). Actor: Caja agraria en liquidación. Demandado: Caja nacional de previsión
social – Cajanal: Acción controversias contractuales-registro presupuestal y existencia
y perfeccionamiento del contrato

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera –
Subsección A. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., nueve (9)
de abril de dos mil catorce (2014). Actor: Demandado: Referencia:
660012331000200200861 01 ~~33608~~ Mandante: Alfonso Rios. Demandante:
Municipio de Pereira. Medio de control: Acción contractual – apelación sentencia-
Diferencia entre el contrato de concesión y el contrato de arrendamiento

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera
Subsección A. Consejero Ponente (e): Hernán Andrade Rincón. Bogotá, D.C., nueve
(9) de julio de dos mil catorce (2014). Referencia: 660001233100120000067700
acumulado 66000123310012001 0016700. ~~33801~~ Municipio de Pereira. Industrias
Full S.A. y Seguros Cóndor S.A. Acción contractual – apelación sentencia.- Caducidad
y pretensiones

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera –
Subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincon (e). Bogotá D.C.,
veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación
850012331000200500035 01 ~~34112~~ Universidad Pedagógica y Tecnológica de
Uptc-D epartamento de Casanare. Contractual – apelación sentencia-
incumplimiento de convenios interadministrativos

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera –

Subsección A. Consejero Ponente (e): Hernán Andrade Rincon. Bogotá D.C., primero (01) de octubre de dos mil catorce (2014). Radicación 470012331000199705315 01 31250 Demandante: Consorcio Somesa Ltda. – cuidados intensivos Ltda. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal contractual – apelación sentencia- clausula compromisoria, excepción a su carácter vinculante.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil doce (2012) radicación número: 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434). Actor: Mapfre seguros generales de colombia s.a. Demandado: Municipio de Chachagui. referencia: contratos – suspensión de los contratos estatales

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Consejero Ponente (e) : Hernán Andrade Rincón. Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil cuatro (2014). Referencia:73001233100020030066701 343241 Fabrica de Licores del Tolima. Nidia Patricia Narvárez Gómez. Acción contractual- contratos de prestación de servicios con prima de éxito, perfeccionamiento, disponibilidad presupuestal.

III. REPERTORIO DE SENTENCIAS CONSULTADAS DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA CONSULTADAS

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: Dr. Daniel Suárez Hernández, Radicación 8826 del 2 de junio de 1994.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, Radicación 2126 del 14 de mayo de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Primera, C.P.: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Radicación 3254 del 23 de abril de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 3831 del 17 de septiembre de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, Radicación 3880 del 19 de febrero de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, CP Dr. Camilo Arciniegas Andrade, Radicación 6345 del 8 de noviembre de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de abril de 2001. CP Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente: 19486.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 11 de diciembre de 2001. CP Dr. Jesús María Lemus Bustamante, Radicación: S-028. Consejo de Estado, Tercera, Sentencia del 24 de octubre de 1996, CP Dr. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 10151 del 9 de mayo de 1996, CP Dr. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 24 de octubre de 1996. C.P. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de julio de 2000, C.P. María Elena Giraldo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de abril de 1996, C.P. Dr. Jesús María Carrillo.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1439 del 18 de julio de 2002, CP Dra. Susana Montes de Echeverri.

Consejo de Estado; Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Radicación: 1011 del 14 de agosto de 1997, CP Dr. César Hoyos Salazar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Radicación: 14577 del 29 de mayo de 2003, CP Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Radicación: 12513 del 13 de julio de 2000, CP Dra. María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Referencia 10540 del 9 de marzo de 2000, CP Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Radicación: 1293 del 14 de diciembre de 2000, CP Dr. Luís Camilo Osorio Isaza.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Expediente: 14579 del 20 de octubre de 2005, CP Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera,

Sentencia del 8 de noviembre de 2001, Radicación: 6345, CP Dr. Camilo Arciniegas Andrade.

Consejo de Estado en fallo proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", 3 de septiembre de 2003, Radicación AP-28, CP Dr. Jesús María Lemus Bustamante.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 2000, Referencia: 9536, CP Dr. Delio Gómez Leyva.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de julio de 1997, CP Dr. Carlos Betancourt Jaramillo, Expediente: 9286.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Bogotá, D. C., 20 de octubre de 1995, CP Dr. Juan de Dios Montes Hernández. Radicación No.7757.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de junio de 2000, Expediente: 16756, CP Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Concepto del 9 de marzo de 2000, Radicación No.10540, CP Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Concepto de del 14 de diciembre de 2000, Radicación No.1293, CP Dr. Luís Camilo Osorio Isaza.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

Sentencia del 20 de octubre de 2005, Expediente No.14579, CP Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 17 de abril de 1996, CP Dr. Roberto Suárez Franco, Radicación No.811-1996.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1999, CP Dr. Daniel Suárez Hernández, Expediente No.12.344.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de junio de 2001, Radicación: 071, CP Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia, del 27 de julio de 2001, Radicación: 116, CP Dr. Juan ángel Palacio Hincapié.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto fechado 1 de abril de 2009, Rad. 36476, CP Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 13 de julio de 2000, Radicación No.12513, CP Dra. María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 6 de agosto de 2003, Radicación No.1453, CP Dr. Augusto Trejos Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 31 de octubre de 2001, Radicación No.1365, CP Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 6 de agosto de 2003, Radicación No.1453, CP Dr. Augusto Trejos Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de julio de 1994, Radicación 624, CP Dr. Roberto Suárez Franco.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP Dr. Alier E. Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., 7 de marzo de 2002, Radicación No.21588.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Fallo del 29 de mayo de 2003, Expediente No.14577, CP Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, Radicación 4438 del 2 de abril de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 4490 del 19 de febrero de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Alberto Rafael Ariza Muñoz, Radicación 4500 del 30 de abril de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 4521 del 10 de septiembre de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 4527 del 10 de septiembre de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Radicación 4548 del 22 de enero de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Radicación 4664 del 30 de abril de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Radicación 4685 del 5 de febrero de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 4807 del 23 de julio de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 4823 del 29 de enero de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 4849 del 19 de noviembre de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr. Mario Alario Méndez, Radicación. REV-93 del 11 de mayo de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dra. Dolly Pedraza de Arenas, Radicación. S-592 del 11 de mayo de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 3479 del 23 de septiembre de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 4168 del 6 de septiembre de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 5078 del 4 de febrero de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 5203 del 25 de noviembre de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 5355 del 27 de mayo de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 5560 del 8 de octubre de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, Radicación 5403 del 18 de marzo de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Radicación 5543 del 3 de junio de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr. Delio Gómez Leyva, Radicación. S-025 del 6 de septiembre de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Radicación. S-459 del 24 de mayo de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, Radicación S-844 del 16 de marzo de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 5054 del 31 de agosto del 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 5363 del 13 de abril de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 5373 del 6 de abril de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 5590 del 20 de enero de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 5694 del 17 de febrero de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 5764 del 5 de octubre de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 5962 del 19 de mayo de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 6042 del 17 de agosto de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 6178 del 28 de septiembre de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 6179 del 17 de agosto de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr. Darío Quiñones Pinilla, Radicación. AI-057 del 27 de junio de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, Radicación. S-399 del 18 de septiembre de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr. Mario Alario Méndez, Radicación S-725 del 2 de octubre de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil C.P.: Dr. Cesar Hoyos Salazar, Radicación 1346 del 17 de mayo de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 6840 del 4 de octubre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr. Ricardo Hoyos Duque, Radicación 11001-03-15-000-2001-0069-01(AC) del 5 de junio de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 5604 del 21 de junio de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 6242 del 16 de noviembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Rojas, Radicación 6391 del 29 de noviembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 7242 del 13 de diciembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Radicación 6547 del 16 de noviembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 6696 del 1 de noviembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 6617 del 27 de septiembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 6918 del 13 de septiembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 3531 del 16 de febrero de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 5794 del 4 de mayo de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 5916 del 1 de febrero de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Radicación 6384 del 17 de

mayo de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Radicación 6508 del 7 de junio de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación. AC-10966 y AC-11274 (Acumulados) del 7 de junio de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, , Radicación. AC-11861 del 11 de septiembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, Radicación. AC-12340 del 20 de febrero de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera C.P.: Dr. Camilo Arciniegas Andrade, Radicación 6620 del 26 de julio de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 6587 del 16 de noviembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera C.P.: Dr. Camilo Arciniegas Andrade, Radicación 7029 del 5 de julio de 2002.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 7211 del 18 de abril de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 1989, Expediente 5426, CP Dr. Carlos Betancurt Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto No.1438 del 13 de septiembre 2002, CP Dr. César Hoyos Salazar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera, Sentencia del 9 de diciembre de 2004, CP Dr. Rafael Ostau de Lafont Planeta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de febrero de 1996, Expediente: 8385, CP Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 19 de mayo de 1994, Expediente: 8726, CP Dr. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 23 de noviembre de 2005, Radicación No.1694, CP Dr. Gustavo Aponte Santos,

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 3 de diciembre de 1993. CP Dr. Jaime Betancourt Cuartas.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto del 28 de julio de 1994, CP Dr. Roberto Suárez Franco; Referencia: Radicación No.624.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de octubre de 1999, Expediente 10929, MP Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de agosto de 1998, Radicación No.1121, CP Dr. César Hoyos Salazar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de septiembre de 2006, Radicación No.15307, CP Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2004, Expediente 10779, CP Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr. Germán Ayala Mantilla, Radicación 1101-03-15-000-2001-0148-01(PI) del 22 de enero de 2002.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 7208, 7464 y 7705 del 27 de marzo de 2003.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera C.P.: Dr. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación 19929 del 20 de noviembre de 2003.

IV. REPERTORIO DE LA JURISPRUDENCIA CONSULTADAS DE LAS SALAS DE CASACION CIVIL Y AGRARIA, SALA DE CASACION LABORAL Y SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE

COLOMBIA

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de septiembre de 1974, MP Dr. Luís Sarmiento Buitrago.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de septiembre de 2001, Expediente: 16837, MP Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de octubre de 2000, Expediente: 15273, MP Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 18 de abril de 2002, Expediente 12658 de 18 de abril de 2002.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de agosto de 1998, Expediente: 10295, MP Dr. Fernando E. Arboleda Ripio.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de abril de 2004, Expediente 18454, MP Dr. Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de noviembre de 2003, Expediente: 20420, MP Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 29 de enero de 2004, Expediente: 17574, MP Dr. Mauro Solarte Portilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de septiembre de 2003, Expediente:7089, MP Dr. Edgar Lombana Trujillo,.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de febrero de

2004, Expediente: 20526, MP Dra. Marina Pulido de Barón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 9 de febrero de 2005, Expediente: 21547, MP Dra. Marina Pulido de Barón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 16 de febrero de 2005, Expediente: 15212, MP Drs. Herman Galán Castellanos y Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil-, Expediente No.4512 de 17/05/95, MP Dr. Pedro Lafont Pianetta.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No.3972 de 19/10/94, MP Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 4 de octubre de 1993, Expediente 5005 (Casación) MP Dr. Jorge Enrique Valencia M.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de diciembre de 2000, Expediente 12613, MP Dr. Jorge Aníbal Gómez G.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 28 de enero de 1999, Expediente 11192, MP Dr. Edgar Lombana T.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 16 de noviembre de 1993, Expediente 8007 (Casación) MP Dr. Guillermo Duque Ruíz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 10 de noviembre de 1993, Expediente 8087 (Casación) MP Dr. Edgar Saavedra Rojas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de febrero de 1998, Expediente 10204, MP Dr. Ricardo Calvete Rangel.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 0 de noviembre de 2004, Expediente 21726, MP Dra. Marina Pulido de Barón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 18 de junio de 2002, Expediente 19464, MP Dr. Edgar Lombana Trujillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de febrero de 1998, Expediente 4702, MP Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 1 de marzo de 1995, Expediente 8608, MP Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 10 de septiembre de 1998, Expediente 5023, MP Dr. Nicolás Becharas Simancas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 16 de mayo de 2003, Expediente 7576, MP Dr. Manuel Ardila Velásquez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de septiembre de 1996; Expediente 4792, MP Dr. Nicolás Bechara Simancas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 31 de julio de 2000, Expediente 6068, MP Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de marzo de 1997, Expediente 9393, MP Dr. Jorge E. Córdoba Poveda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 11 de abril de 2003, Expediente 7270, MP Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 13 de septiembre de 2006, Expediente 88001-31-03-002-2002-00271-01, M.P. Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de agosto de 2009, Expediente 32003, M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez

V. DOCUMENTOS CONPES DEL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION DE COLOMBIA EN MATERIA DE CONTRATACION ESTATAL Y DIRECTIVAS PRESIDENCIALES

CONPES 3166 del 23 de Mayo de 2002, Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros para Santiago de Cali –Seguimiento-, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES 3167 del 23 de mayo de 2002, Política para Mejorar el Servicio de Transporte Público Urbano de Pasajeros, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES 3185 del 31 de Julio de 2002, Propuesta para Mejorar la Movilidad entre Bogotá y Soacha: Extensión de la Troncal Norte – Quito – Sur del Sistema de TransMilenio, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES 3196 del 31 de julio de 2002, Régimen Jurídico del Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES y Compilación de los Documentos Período 1998 – 2002, DNP, Bogotá D.C.

CONPES 3220 del 21 de abril de 2003, Sistema Integrado de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros del Área Metropolitana del Centro Occidente, DNP: DIE- GEINF, Ministerio de Transporte, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá, D.C.

CONPES 3249 del 20 de octubre de 2003, POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA UN ESTADO GERENCIAL, Proyecto de Contratación Estatal BIRF – DNP, Bogotá D.C.

CONPES 3259 del 15 de Diciembre de 2003, Sistema Integrado de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros del Distrito de Cartagena –TransCaribe, DNP: DIE- GEINF, Ministerio de Transporte, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá, D.C.

CONPES 3260 del 15 de diciembre de 2003. POLÍTICA NACIONAL DE

TRANSPORTE URBANO Y MASIVO, DNP: DIE- GEINF, Ministerio de Transporte, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá, D.C.

CONPES No.3272 del 23 de febrero de 2004, Programa Estratégico Integral de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES No.3273 del 1 de marzo de 2004, Autorización a la nación para contratar operaciones de Crédito Externo con la Banca Multilateral hasta por US\$600 millones, con el fin de financiar los aportes de la Nación a los Sistemas Integrados de Transporte Masivo –SITM- y otras apropiaciones presupuestales prioritarias de la Nación para 2004, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES 3305 expedido el 24 de agosto de 2004 dentro del Marco de la Política de Gestión de Desarrollo Urbano, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES No.3311 del 20 de septiembre de 2004, Modificación al CONPES 3272 del 23 de febrero de 2004: Criterios para la Priorización de Proyectos del Programa de Infraestructura Vial y Desarrollo Regional, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES No.3368 del 1 de agosto de 2005, Política Nacional de Transporte Urbano y Masivo – Seguimiento-. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES No.3439 del 14 de agosto de 2006, “Institucionalidad y Principios Rectores de Política para la Competitividad y la Productividad”, Alta Consejería para la Competitividad y la Productividad, Ministerio de Comercio, Industria y Comercio,

Bogotá D.C., 2006.

CONPES No.3465 del 10 de abril de 2007, Concepto favorable a la Nación para contratar empréstitos externos con Bancos u Organismos Multilaterales, Banca Comercial u Otras Fuentes Alternativas de Fondeo hasta por un valor de US\$1.440 millones o su equivalente en otras monedas, para financiar parcialmente los aportes de la Nación a los Sistemas Integrados de Transporte Masivo –SITM-, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES No.3535 del 18 de julio de 2008 mediante el cual se expidió el Concepto Previo Favorable para la Prórroga o Adición de los Contratos de Concesión Vial y Férrea, Ministerio de Transporte –INCO, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, DNP, Bogotá D.C.

CONPES 3107 de 2001, Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura, DNP: DIE –GEINF, Ministerio de Hacienda Público, Bogotá D.C.

CONPES 3133 de 2001, Modificaciones a la Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura Establecida en el Documento CONPES 3107 de 2001, DNP: DIE –GEINF, Ministerio de Hacienda Público, Bogotá D.C.

CONPES 3167 de 2002, Política para Mejorar el Servicio de Transporte Público Urbano de Pasajeros, Ministerio de Transporte DNP: DIE – GEINF, Bogotá D.C.

CONPES No.3562 del 30 de diciembre de 2008, mediante el cual se expide el Concepto Previo Favorable para la Prórroga o Adición de seis contratos de concesión vial en Colombia (Girardot – Ibagué – Cajamarca; Desarrollo Vial del Oriente de Medellín; Zipaquirá – Palenque; Rumichaca – Pasto – Chachagüi; Bogotá –

Villavicencio y Córdoba – Sucre), Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

Directiva Presidencial No. 4 de 2014. Para: Ministros del despacho, directores de departamento administrativo, superintendentes, directores, gerentes, presidentes de entidades centralizadas y descentralizadas de la rama ejecutiva del orden nacional.
De: Presidente de la República de Colombia: Asunto: Políticas en materia arbitral.

VI. LEYES Y DECRETOS DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Ley 153 de 1887; Ley 23 de 1973; Ley 20 de 1974; Ley 56 de 1981; Ley 9 de 1989; Ley 86 de 1989; Ley 2 de 1991; Ley 3 de 1991; Leyes 23 de 1991; Ley 42 de 1993; Ley 70 de 1993; Ley 80 de 1993; Ley 99 de 1993; Ley 105 de 1993; Ley 142 de 1993; Ley 134 de 1994; Ley 281 de 1996; Ley 336 de 1996; Ley 134 de 1994; Ley 152 de 1994; Ley 160 de 1994; Ley 190 de 1995; Ley 310 de 1996; Ley 336 de 1996; Ley 388 de 1997; Ley 400 de 1997; Ley 446 de 1998; Ley 448 de 1998; Ley 472 de 1998; Ley 489 de 1998; Ley 508 de 1999; Ley 610 de 2000; Ley 640 de 2001; Ley 678 de 2001; Ley 684 de 2001; Ley 816 de 2003; Ley 734 de 2002; Ley 769 de 2002; Ley 787 de 2002; Ley 812 de 2003; Ley 819 de 2003; Ley 850 de 2003; Ley 881 de 2004; Ley 962 de 2005; Ley 1089 de 2006; Ley 1150 de 2007; Ley 1151 de 2007; Ley 1154 de 2007;

Ley 1169 de 2007; Ley 1169 de 2008; Ley 1219 de 2008, Ley 1228 de 2008; Ley 1260 de 2008; Ley 1285 de 2009, Ley 1369 de 2009, Ley 1474 de 2009, Ley 1508 de 2012, Ley 1563 de 2012; Ley 1551 de 2012, Ley 1682 de 2013 , Decreto Único Reglamentario No. 1082 del 26 de Mayo de 2015

VII. CODIGOS DE LA LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Constitución Política de Colombia de 1991; Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA; Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; Código Civil; Código de Procedimiento Civil; Código General del Proceso; Código de Comercio; Código Penal; Código de Procedimiento Penal; Código de Minas; Código General Disciplinario, Código de Responsabilidad Fiscal; Código de Recursos Naturales y Ambientales.