

**LA ECUACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA DE LOS CONTRATOS
ESTATALES DENTRO DEL MARCO DE LA LEY DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA, LEY 80 DE 1993**

LINA MARIA CUARTAS RESTREPO
ALBA DOLLY GÓMEZ ARIAS

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
ESPECIALIZACIÓN EN GERENCIA DE CONSTRUCCIONES
MEDELLÍN
2006

**LA ECUACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA DE LOS CONTRATOS
ESTATALES DENTRO DEL MARCO DE LA LEY DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA, LEY 80 DE 1993**

LINA MARÍA CUARTAS RESTREPO - 43.733.708
ALBA DOLLY GÓMEZ ARIAS - 43.600.706

Trabajo de grado como requisito para optar al título de
Especialista en Gerencia de Construcciones

Asesor Temático:
DOCTOR ALVARO PIO VALENCIA

Asesor Metodológico:
MARIO VARGAS SAENZ
Magíster en Administración MBA

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
ESPECIALIZACIÓN EN GERENCIA DE CONSTRUCCIONES
MEDELLÍN
2006

CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	8
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	10
1. METODOLOGÍA	12
2. OBJETIVOS	14
2.1 OBJETIVO GENERAL	14
2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	14
3. MARCO TEÓRICO – CONCEPTUAL	15
3.1 EL CONTRATO ESTATAL	15
3.1.1 Generalidades	15
3.1.2 Características del Contrato Estatal	16
3.1.2.1 Contrato Bilateral	16
3.1.2.2 Contrato Oneroso	16
3.1.2.3 Contrato Conmutativo	16
3.1.2.4 Contrato Solemne	16
3.1.2.5 Contrato Típicos y Atípicos	17
3.1.2.6 Contrato de ejecución Instantánea y de Ejecución sucesiva	17
3.1.3 Principios de la Contratación Estatal	17
3.1.3.1 Principio de la Transparencia	17
3.1.3.2 Principio de Economía	20

3.1.3.3	Principio de Responsabilidad	21
3.1.3.4	Principio del Equilibrio Económico del Contrato	23
3.1.3.5	Principio de la Buena Fe	23
3.1.4	Perfeccionamiento del Contrato	24
3.1.5	Esquemas de Contratación	25
3.1.5.1	Modalidades de Contratación	25
3.1.5.1.1	Contratación “Llave En Mano”	25
3.1.5.1.2	Precio o Suma Global (Lump Sum)	28
3.1.5.1.3	Contratos por Administración Delegada	29
3.1.6	Tipologías de Contratos Estatales	30
3.1.6.1	Contrato de Obra Pública	30
3.1.6.2	Contrato de Consultoría	30
3.1.6.3	Contrato de Prestación de Servicios	31
3.1.6.4	Contrato de Concesión	31
3.1.6.5	Contrato de Fiducia y Encargo Fiduciario	33
3.1.7	La Conmutatividad- Característica Esencial de los Contratos Estatales	33
3.1.7.1	Generalidades	33
3.1.7.2	Contrato Conmutativo y Contrato Aleatorio, diferencia e importancia	36
3.2	EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD	37
3.2.1	Generalidades	37
3.2.2	La autonomía de la voluntad en la contratación estatal	40
3.2.3	La autonomía de la voluntad como fundamento del contrato	42

3.3	EQUIVALENCIA ECONÓMICA DEL CONTRATO	46
3.3.1	Generalidades	46
3.3.2	Evolución en el Derecho Colombiano	51
3.3.2.1	Desarrollo Legislativo	51
3.3.2.2	El equilibrio económico en la ley 80 de 1993	54
3.3.3	Riesgos en la contratación administrativa	57
3.3.3.1	Modalidad de los riesgos	57
3.3.3.1.1	Riesgos empresariales	57
3.3.3.1.2	Riesgos externos	58
3.3.3.2	Indemnización de los Aleas Administrativos	60
3.3.3.2.1	Indemnización derivada del Factum Principis (Hecho del príncipe)	60
3.3.3.2.2	Indemnización derivada de la Potestas Variandi	65
3.3.3.2.3	La responsabilidad contractual	68
3.3.3.3	Indemnización de los imprevistos extraordinarios	72
3.3.3.3.1	Teoría de la imprevisión	73
3.3.3.3.2	Dificultades materiales imprevistas	79
3.3.3.3.3	Fuerza mayor y caso fortuito	81
3.3.4.	Mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico Financiero Del contrato	83
3.3.4.1	La revisión de precios	84
3.3.4.2	Modificaciones a las condiciones del contrato	90
3.3.4.3	Pago de indemnizaciones	91

3.3.5	Cómo y cuándo se puede efectuar el restablecimiento del Equilibrio económico financiero del contrato	95
3.3.6	Factores que afectan el equilibrio económico financiero de las Prestaciones	97
3.3.6.1	El tiempo	98
3.3.6.2	El medio de pago	98
3.4	LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES	99
3.4.1	Alcance	99
3.4.2	Controversias que pueden surgir en un contrato	101
3.4.2.1	Controversias derivadas de la interpretación del contrato	102
3.4.2.2	Controversias surgidas durante el proceso de contratación	103
3.4.2.3	Controversias surgidas durante la ejecución del contrato	103
3.4.2.4	Controversias originadas por el desequilibrio económico del contrato	109
3.4.2.5	Controversias con motivo de la terminación del contrato	109
3.4.3	Solución de las controversias contractuales	109
3.4.3.1	Mecanismos de solución directa	110
3.4.3.2	Arbitramento	111
3.4.3.3	Amigable composición	113
3.4.3.4	Mediación	114
3.4.3.5	Conciliación	114
3.4.3.6	Transacción	115
3.5	ANÁLISIS TÉCNICO DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES MÁS COMUNES EN EL MEDIO	116
3.5.1	La Mayor Permanencia en Obra	117

3.5.1.1	Generalidades	117
3.5.1.2	Metodología para el Análisis de la Mayor Permanencia.	118
3.5.2	La Menor Facturación	129
4.	CONCLUSIONES	140
	BIBLIOGRAFÍA	144

RESUMEN

El rompimiento de la ecuación económica del contrato estatal es actualmente el hecho que mayor número de controversias genera entre el Estado y sus contratistas. De acuerdo con la Ley 80 de 1993, dentro de los derechos del contratista se encuentra el restablecimiento de la ecuación económica y financiera del contrato, cuando ésta se viera alterada sin que el particular se encuentre en la obligación jurídica de soportar sus efectos. No obstante, el mal uso que de él se ha hecho, ha provocado que las entidades estatales vean con recelo su aplicación.

Dentro de este escenario, vemos la necesidad de resaltar la importancia y las bondades, no solo de la existencia de un equilibrio económico y financiero al momento de contratar, sino del mantenimiento de las condiciones económicas equitativamente pactadas, que es la consecución del bien común.

Para finalmente poder concluir la importancia del mantenimiento de la ecuación económica y financiera del contrato, la imposibilidad de renunciar a ella por vía de pacto, su conexión con la conmutatividad del contrato y por último su relación con los fines de la contratación estatal, y por ende, con la consecución del bien común, además los fines que persigue la contratación estatal y los demás principios que la rigen, recurriendo a la doctrina nacional y extranjera.

ABSTRACT

The break of the economic equation of the state contract is at the moment the fact that bigger number of controversies generates between the State and its contractors. In accordance with the Law 80 of 1993, inside the contractor's rights is the reestablishment of the economic and financial equation of the contract, when this was altered without the matter is in the artificial obligation of supporting its effects. Nevertheless, the wrong use that has been made of him, has caused that the state entities do with mistrust its application.

Inside this scenario, we see the necessity to stand out the importance and the kindness, not alone of the existence of an economic and financial balance to the moment to hire, but of the maintenance of the economic conditions equally conventional that is the attainment of the very common one.

For finally to be able to conclude the importance of the maintenance of the economic and financial equation of the contract, the impossibility of giving up her by way of pact, their connection with the conmutatividad of the contract and lastly their relationship with the ends of the state recruiting, and for ende, with the attainment of the very common one, also the ends that it pursues the state recruiting and the other principles that govern it, appealing the national doctrine and foreigner.

INTRODUCCIÓN

Es importante conocer acerca de la equivalencia económica o equilibrio financiero del contrato, ya que esta es la contrapartida en favor del contratista de las prerrogativas de la administración, lo que ofrece a los particulares la suficiente seguridad jurídica para intervenir en la gestión contractual pública; sin esta garantía nadie estaría dispuesto a participar en esta clase de relaciones jurídicas, si la administración pública pudiera modificar unilateralmente las condiciones del contrato, sin respetar la remuneración pactada.

Es así, como los profesionales especializados en gerencia de construcciones, debemos afrontar con un buen nivel de competencia, los retos que nos impone la Ley General de Contratación Pública, Ley 80 de 1993, para así enfrentar los proyectos contratados con las Entidades Estatales, con un estudio razonable de los riesgos y con la capacidad de sopesar las consecuencias de las obligaciones que asumen frente al Estado.

Así mismo, debemos tener la capacidad para identificar tanto los factores de riesgo como las reclamaciones que se presentan durante las diferentes etapas del proceso contractual – de planeación, precontractual, contractual o de ejecución y de liquidación -, ya que estamos presentes en el momento que se gesta el reclamo, y debemos ser nosotros quienes busquemos alternativas de solución dentro de nuestras atribuciones; debemos tener un conocimiento adecuado del tema para que las reclamaciones que se presenten, no se nos escapen de las manos y podamos abordarlas con el mayor profesionalismo posible.

Por la frecuencia con que se presentan las reclamaciones en la ejecución de contratos de obras civiles, podríamos concluir que forman parte integral de la

ejecución, de tal modo que se debe aprender a manejarlas, tal como se hace con los aspectos técnicos.

Es así como el trabajo objeto de investigación, debería servir como guía para predecir y evaluar por anticipado, los efectos que determinadas características de riesgo de las entidades estatales, tienen sobre el comportamiento y el resultado de los proyectos desarrollados en el área de obras públicas.

1. METODOLOGÍA

El presente trabajo de investigación pretende analizar la importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal y la necesidad y obligatoriedad de su mantenimiento durante toda la vigencia del contrato.

Para ello estudiaremos en primer lugar las características de los contratos estatales, con el objeto de analizar, la posibilidad o no, del traslado al contratista de algunos de los riesgos derivados de la celebración de contratos estatales de obra pública.

Seguidamente estudiaremos los fines que persigue la contratación estatal y los principios que deben regirla.

Se estudia también el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales, su relación con la conmutatividad del contrato, y por ende con la ecuación económica y financiera del mismo. Lo anterior, para determinar la posibilidad de trasladar o no los riesgos derivados de la celebración de los contratos.

Hechas estas claridades, se entra en el tema objeto de estudio, es decir el equilibrio económico y financiero del contrato estatal.

Se hace especial referencia al tema de la revisión de precios como mecanismo de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, así como al desarrollo legislativo que tiene esta figura en nuestra normatividad.

Así mismo, con el ánimo de recopilar la información pertinente para el desarrollo de nuestra investigación, nos dedicaremos a la realización de entrevistas no estructuradas a profesionales encargados de la gerencia o cargos similares en empresas constructoras, al sondeo de opinión de expertos, consultas con técnicos pertenecientes a algunas administraciones municipales y a la recopilación de información secundaria.

2. OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GENERAL

Analizar la importancia de la ecuación económica y financiera de los contratos estatales y la necesidad y obligatoriedad de su mantenimiento durante toda la vigencia del contrato, mediante el estudio de las diferentes posiciones doctrinales, jurisprudenciales y la normativa vigente, con el fin de ubicar a los profesionales que se dediquen a ejercer la gerencia de proyectos de construcción dentro del sector público, en el contexto jurídico de dicho tema.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar las diferentes circunstancias que generan el rompimiento financiero de la ecuación contractual.
- Identificar los riesgos contractuales a los que se ven enfrentados las empresas constructoras, en las diferentes etapas de un contrato celebrado con el Estado
- Identificar las reclamaciones mas frecuentes que se presentan en la ejecución de contratos de obra publica
- Conocer las características que enmarcan a los contratos estatales.
- Ubicar a los profesionales que se dediquen a ejercer la gerencia de proyectos de construcción dentro del sector público, en el contexto jurídico de la contratación administrativa.

3. MARCO TEÓRICO – CONCEPTUAL

3.1 EL CONTRATO ESTATAL

3.1.1 Generalidades. Son los actos jurídicos entre una Entidad Estatal y un particular generadores de obligaciones que celebran las entidades a que se refiere el estatuto previstos en el derecho privado, o que resultan de la aplicación de la autonomía de voluntades, como lo define la Ley 80 de 1993 en su artículo 32.

El contrato es un instrumento para la satisfacción de las necesidades de las personas, no constituye en sí mismo un fin, es decir, cada contrato tiene una función económica y jurídica individual, con las finalidades claras para cada una de las partes, siendo para el Estado a través de la actividad contractual su fin, la consecución del bien común, a través de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y para el particular la obtención de una utilidad económica, teniendo en cuenta que cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Los contratos estatales en Colombia están enmarcados por un régimen jurídico mixto, conformado por las disposiciones del derecho civil y comercial, y las normas especiales de derecho público, contenidas en el llamado Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que actualmente es la Ley 80 de 1993, así como las demás normas que desarrollen ese estatuto y las especiales que existan o se dicten sobre contratos específicos.

Para lograr una clara identificación del Contrato Estatal se debe considerar varios elementos:

PARTES DEL CONTRATO: Para que un contrato sea Estatal, se requiere que al menos una de las partes sea una persona pública, de manera que un contrato celebrado entre dos particulares o personas jurídicas de derecho privado no puede ser un contrato estatal.

OBJETO DEL CONTRATO. Los contratos estatales son administrativos cuando tienen por objeto la ejecución de un servicio público o que su objeto implicará la participación directa del contratista en la ejecución misma del servicio público.

CLÁUSULAS DEL CONTRATO. Un contrato estatal es administrativo cuando contiene una o más cláusulas exorbitantes. Cláusulas exorbitantes son aquellas que son extrañas a los contratos entre particulares.

3.1.2 Características del Contrato Estatal

3.1.2.1 Contrato Bilateral. Las partes del contrato adquieren obligaciones que se toman como solidarias. El carácter de bilateral envuelve la condición resolutoria tácita para el caso de incumplimiento por una de las partes.

3.1.2.2 Contrato Oneroso. Los contratos estatales reportan utilidad o beneficios para ambas partes, gravándose el uno a favor del otro.

3.1.2.3 Contrato Conmutativo. Cada una de las partes se obliga a entregar o realizar una cosa equivalente a lo que la otra parte debe entregar o realizar a su vez.

3.1.2.4 Contrato Solemne. Requisito de la existencia del contrato cuya omisión impide el nacimiento de cualquier efecto contractual.

3.1.2.5 Contratos Típicos y Atípicos: Se da por sentado la validez de los contratos atípicos junto a los típicos.

Los contratos Típicos, se deben considerar como estatales no sólo los previstos en el estatuto sin también los regulados por los Códigos de Comercio y Civil.

La importancia de esta clasificación radica en conocer el régimen jurídico que gobierna unos y otros, particularmente a los atípicos ya que no tienen consagración expresa en la ley.

La normativa de los atípicos es:

Las leyes imperativas.

Las Cláusulas libremente redactadas o estipuladas por los agentes

Las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos, según el caso.

Las reglas propias del contrato típico más próximo o semejante.

La doctrina constitucional y los principios generales del Derecho.

3.1.2.6 Contratos de Ejecución Instantánea y de Ejecución Sucesiva: Los estatales pertenecen a ambas categorías. Los de ejecución instantánea son susceptibles de ser cumplidos en un instante a diferencia de los de ejecución sucesiva que por su misma naturaleza requieren ser cumplidos en el tiempo.

3.1.3 Principios de la Contratación Estatal. La Ley 80 de 1993, ha regulado expresamente cinco principios que rigen la Contratación Estatal a saber:

3.1.3.1 El Principio de la Transparencia. Mediante este principio se ataca la corrupción, con él se busca garantizar la moralidad en la contratación, la imparcialidad de la Administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo con las reglas precisas, claras, completas y objetivas.

Este principio se conjuga también los de igualdad, el de la publicidad, y de la libre concurrencia o competencia, que sirven de base a la forma más clara de selección del contratista, que es la licitación, pero que deben estar presentes en los mecanismos de selección del contratista cualquiera que sea la forma escogida.

La publicidad de las actuaciones contractuales garantiza la transparencia que permite a la comunidad ejercer control sobre ella, ya que sea por conducto de las asociaciones cívicas comunitarias, de profesionales, benéficas o de utilidad común, quienes podrán denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos o de los particulares, que constituyan contravenciones o faltas en materia de contratación estatal, o mediante la solicitud de la nulidad absoluta del contrato que puede intentar cualquier persona.

Los aspectos más importantes son:

- La escogencia del contratista se hará siempre por licitación o concursos públicos, salvo los eventos de contratación directa. Esta ha sido la regla general para la contratación en Colombia, que somete la misma a reglas drásticas, cuyo respeto garantizan el control y la moralidad de la Administración, lo cual está acorde con el régimen democrático del Estado. De tal forma se dispone que la selección del contratista se efectuará siempre por medio de la licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes contratos:
 - ✓ Los de menor cuantía, señalada en función de los presupuestos anuales de las Entidades, expresados en salarios mínimos legales mensuales.
 - ✓ Los de empréstito.
 - ✓ Los ínteradministrativos, excepto el de seguro.
 - ✓ Los de prestación de servicios profesionales.
 - ✓ Los de arrendamiento o adquisición de inmuebles.

- ✓ Los de urgencia manifiesta.
 - ✓ Los que se originen en la declaratoria de desierta de la contratación.
 - ✓ Los que hayan de celebrarse porque falte voluntad de participación o cuando no exista pluralidad de oferentes.
 - ✓ Los relacionados con productos agropecuarios ofrecidos en bolsa.
 - ✓ Los relacionados con el servicio de salud.
 - ✓ Los que tengan por objeto actividades industriales y comerciales.
- La posibilidad de que los proponentes puedan solicitar que la adjudicación se haga en audiencia pública.

Todas las actualizaciones de la Administración en la actividad contractual y los expedientes que se formen, son públicos, debiendo expedir, a solicitud de quienes demuestren un interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios, lo cual se concreta en la protección a los derechos de propiedad intelectual o industrial.

- La posibilidad que tienen los interesados de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten durante el trámite de la licitación, para lo cual deben señalarse etapas precisas. La más importante de estas manifestaciones es la obligación de la Entidad de poner en conocimiento de los oferentes los estudios de la evaluación de las ofertas para que puedan controvertirlas.
- La obligación de elaborar pliegos de condiciones con reglas precisas, completas, justas y objetivas que faciliten la confección de las ofertas de la misma manera, sin que conduzcan a errores o diversas interpretaciones. El perjuicio que su contravención cause debe ser indemnizado por la Entidad y el funcionario.

- La obligación de publicar los avisos o llamados a contratar para asegurar la libre concurrencia de quienes estén en posibilidad de contratar con la Entidad.
- Los actos administrativos que se expidan durante la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, deben ser motivados para impedir el abuso o la desviación de poder.

3.1.3.2 Principio de Economía. Mediante este principio se busca que todas las actuaciones en la actividad contractual se hagan con celeridad y eficacia, principios que informan la función administrativa, que se concreta en la agilización de los trámites. Con él se exige que sólo se realicen las etapas y procedimientos estrictamente indispensables para la selección objetiva del contratista, e igualmente que la actividad que se desarrolle en la ejecución de las obligaciones a cargo de cada una de las partes, se haga optimizando costos y evitando actuaciones dilatantes y perjudiciales para el otro.

- Los trámites deben adelantarse con austeridad de tiempo, por lo cual los plazos son preclusivos y perentorios, el impulso de los mismos debe ser oficioso y se impedirán las dilaciones y retardos en la ejecución del contrato.
- Los procedimientos y etapas deben ser únicamente los estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva del contratista y sólo se abrirán procesos de contratación cuando existan las respectivas partidas presupuestales, se hayan hecho los estudios, diseños y proyectos requeridos, al igual que los estudios, diseños y proyectos requeridos, al igual que los estudios de conveniencia y elaborado los pliegos o términos de referencia. La deserción del proceso de contratación sólo puede ser declarada por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva del contratista. De ahí que la inconveniencia o conveniencia que generaban declaraciones de deserción de la contratación, no puede surgir al momento de la adjudicación, salvo casos imponderables.

- La adjudicación o el contrato no se someterán a la aprobación de ninguna autoridad, ni de los organismos de control, ni las corporaciones de elección popular podrán intervenir en la contratación, sin menoscabo de la facultad que tienen estos últimos de conceder autorizaciones para contratar al ejecutivo. Cuando se requiera alguna autorización, debe obtenerse previamente.
- Las normas de los procedimientos deben interpretarse de modo que no den lugar a trámites distintos y adicionales a los previstos o que conduzcan a tomar decisiones “inhibitorias”.
- Se autoriza la delegación no sólo para adelantar los trámites de contratación, sino para la adjudicación y celebración del contrato, en funcionarios del nivel directivo o ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 y 25 numeral 10 de la Ley y en el artículo 211 de la Constitución Nacional.
- Se deben adoptar los mecanismos que garanticen la pronta solución de las controversias que se presenten con motivo de la celebración, ejecución o liquidación del contrato y se consagra el silencio administrativo positivo para el evento en que la Entidad no se pronuncie sobre la solicitud del contratista en el término de tres meses.
- Las entidades deben incluir en sus presupuestos las sumas que permitan hacer los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios, como de los costos originados en los retrasos.
- En general se suprime las exigencias meramente formales que constitúan tropiezos en la contratación, como autenticaciones, traducciones oficiales, etc.

3.1.3.3 Principio de Responsabilidad. Este principio somete a todos los que intervienen en la actividad contractual a sufrir las consecuencias del

incumplimiento de las obligaciones a su cargo, sancionando disciplinaria, penal y patrimonialmente a quienes realicen conductas que afecten a cualquiera de las partes en la contratación. La responsabilidad recaerá, en principio, en el funcionario u órgano que toma la decisión, ya sea por ser titular de la facultad de contratación o por haberla recibido en delegación.

Los funcionarios tienen la obligación de vigilar la correcta e idónea ejecución del objeto contractual para asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios y la efectividad de los derechos de los administrados que colaboran con el Estado para la obtención de esos fines y deberán responder por ello, por sus actos y omisiones antijurídicas. Quien tiene la obligación de ordenar y dirigir la contratación, de seleccionar al contratista, de adjudicar el contrato, y dirigir y controlar su ejecución, responde por sus actuaciones gravemente culposas y por sus hechos y actos antijurídicos.

Igualmente los contratistas tienen la obligación de cumplir con la prestación a su cargo, en las condiciones de calidad y estabilidad exigidas y debe ejecutarlas en todo lo que corresponde a su objeto, dentro del principio de la buena fe. Serán responsables no sólo de que el contrato se termine satisfactoria y oportunamente, sino también de los actos y hechos antijurídicos que les sean imputables.

Lo mismo se predica de los consultores y asesores que con sus conocimientos participan en la contratación y que hoy responden por todos los perjuicios que causan a las partes en el desarrollo de su actividad contractual.

Responsabilidad de la Entidades Estatales: Cuando sea responsable, deberá indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

Responsabilidad de las Servidores Públicos: Responderán disciplinaria, civil y penalmente por acciones y omisiones en la actuación contractual, en los términos de la Constitución y la Ley.

Responsabilidad Civil: Indemnización.

Responsabilidad Disciplinaria: Destitución.

Responsabilidad por Inhabilidad: 10 años.

Responsabilidad Penal: Prisión.

3.1.3.4 Principio del Equilibrio Económico del Contrato. Es un principio que inspira el desarrollo de las prestaciones a cargo de las partes, para mantener su equivalencia en cada momento de la ejecución del contrato.

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

De otro lado, se admite legislativamente que el equilibrio económico del contrato, llamado también ecuación económica contractual, se aplica a favor de las Entidades Públicas y que ya no se trata de una simple ayuda para colaborarle al contratista a la ejecución del contrato, sino que puede llegarse aún a asegurarle, en ciertos casos, el beneficio o provecho dejado de percibir por el contratista.

3.1.3.5 Principio de la Buena Fe. La Buena Fe es la creencia de estar actuando conforme a la ley, y que la conducta que corresponde a la otra persona, la asume

también dentro de ese marco. La buena fe da a la relación jurídica el tono moral y ético que hacen que la actuación del sujeto y la prestación a su cargo, se cumpla no sólo en lo que aparenta la expresión escrita de su obligación, sino en lo que intrínsecamente implica su ejecución. Supone entonces, la lealtad de los sujetos en sus relaciones, el observar una conducta ejemplar frente al otro obligado, pues implica dicho concepto, el que me comporte en mis obligaciones, como deseo que el otro lo haga frente a mí, lo que supone honestidad de comportamiento y ánimo de cooperación recíproca de las partes.

La buena fe no sólo es un principio general del derecho que inspira todo el ordenamiento jurídico, sino que el estatuto contractual quiso hacerlo viviente en el comportamiento de la Entidad y del particular, cuando entran en contacto para realizar la actividad contractual.

“El principio general de la buena fe tiene una extraordinaria importancia en los contratos administrativos, principalmente por dos razones: la primera de ellas consiste en que constituye un límite a la supremacía jurídica de la administración pública en garantía de la posición patrimonial del contratista, puesto que le señala unas reglas de conducta para el ejercicio de los derechos y de las potestades exorbitantes (terminación, modificación, interpretación unilateral, etc.) y el cumplimiento de la obligaciones; la segunda estriba en que contribuya a elevar el tono moral de la gestión contractual pública y a humanizar las relaciones entre las Entidades Públicas y los contratistas. La bona fides es el fundamento, orienta la labor interpretadora y preside la integración normativa de los contratos del Estado”.

3.1.4 Perfeccionamiento del Contrato. El perfeccionamiento del contrato corresponde al momento en el cual surgen las obligaciones para las partes, el que ocurre, sin lugar a dudas, con posterioridad a la adjudicación, aunque mucho se ha discutido sobre el carácter contractual de ésta. En el régimen colombiano, la

adjudicación no concreta el contrato, a pesar de que mediante ella se acepta la propuesta del contratista y se traba la relación obligacional entre las partes, pero requiere para su concreción o perfeccionamiento del cumplimiento de uno de los requisitos necesarios para poder exigir el cumplimiento de las obligaciones que se han asumido. La adjudicación es simplemente un acto administrativo unilateral y no un contrato, de conformidad con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que dispone que “el acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa...” y podrá atacarse mediante la acción de la Nulidad y Reestablecimiento del derecho.

El nuevo Estatuto de Contratación elimina trámites de perfeccionamiento del contrato, imprimiéndole agilidad al proceso contractual, pues acaba con la aprobación de los contratos por el Consejo de Ministros y los Consejos de Gobierno, o de las juntas de las entidades descentralizadas y se elimina igualmente la revisión de legalidad que efectuaban el Consejo de Estado y los tribunales administrativos.

De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son solemnes, pues se perfeccionan cuando se logre el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. Por su parte, el artículo 39 al señalar la forma de los contratos, es perentorio al disponer que constaran por escrito, y lógicamente ser suscritos, con lo cual se concluye que en la contratación estatal no hay contratos verbales ni meramente consensuales.

3.1.5 Esquemas de Contratación

3.1.5.1 Modalidades de Contratación.

3.1.5.1.1 Contratación “Llave En Mano”. Esta modalidad comprende tanto el diseño o ingeniería del proyecto, el suministro de los materiales y la construcción

de las obras civiles como, también, el diseño, fabricación, suministro, montaje o instalación, pruebas y puesta en servicio de todos los equipos electromecánicos bajo la responsabilidad total de un solo contratista.

Este sistema de contratación puede ó no incluir financiación por parte del contratista.

En este sistema el Propietario prácticamente pierde el control (seguimiento y verificación) de lo que realiza el Contratista, y más aún, pierde el control de la labor de los subcontratistas de éste, debiéndose acoger a la recepción de un producto terminado; por su parte, el Contratista debe asumir (en principio) la gran mayoría de los riesgos, cuyos costos naturalmente los transfiere al Propietario, adicionando implícitamente una prima por haber asumido dichos riesgos, ocurran éstos o no.

En este tipo de contratación, el Contratista, debido a la complejidad de actividades a su cargo, requiere de una organización interna (Gerencia de Proyectos) que administre y opere las relaciones técnicas, logísticas y comerciales con sus diferentes proveedores de bienes y servicios (subcontratistas), así como la coordinación técnica de los bienes y servicios proporcionados por ellos; las relaciones entre los integrantes (socios) del contrato; las relaciones con la comunidad con la que debe interactuar en la zona del proyecto el Propietario, incluyendo obviamente una prima o comisión de gestión.

Bajo condiciones de unas relaciones cordiales entre el Contratista y el Propietario, la capacidad de gestión de esta gerencia de proyecto buscará, por supuesto, maximizar los beneficios económicos del Contratista. Así mismo, en el caso de posibles conflictos con el Propietario del proyecto, dicho sistema administrativo sólo velará por los intereses económicos del Contratista y no los del proyecto mismo o de su Propietario.

Un conflicto al interior del Contratista (incumplimiento de uno de los socios de un grupo contratista o de sus subcontratistas) puede afectar al proyecto completo y no necesariamente a la parte directamente involucrada, de manera que la trascendencia del mismo puede afectar gravemente la relación contractual asumida (solidaria de todo el proyecto o paquete tecnológico), afectando a todo el contrato y no sólo a una parte del mismo, lo cual no sucede con una contratación desagregada. En este sentido, el incumplimiento grave de uno de los contratistas permite cancelar (caducar) el contrato comprometido, sin afectar los otros frentes de desarrollo del proyecto, de manera que el impacto negativo resultó mitigado significativamente por la estrategia de desarrollar la implantación del proyecto mediante la desagregación de su contratación en varios contratos.

Más aún, muchas veces, no se consiguen objetivos básicos pretendidos con este sistema de contratación, como es la reducción de tiempos de ejecución, teniendo incluso que afrontar reclamos que encarecen aún más los costos.

En resumen, este tipo de contrato sólo sería claro y recomendable en proyectos que involucren paquetes tecnológicos bastante homogéneos en sus componentes, sin incertidumbres diferentes a las asociadas a la integración de los elementos constitutivos de dicho paquete y que sean desarrollados en forma eficiente por contratistas que habitualmente proporcionan el paquete completo; es el caso de paquetes tecnológicos (o proyectos) que por razones de complejidad de su integración sea más costoso y/o riesgoso implementarlo a partir de una desagregación contractual, o que aún no siendo de complejidad sean paquetes que son suministrados en forma habitual por un mercado de competencia.

Los contratos “Llave en mano” permiten, en caso de que no incluyan requerimientos de financiación por parte del contratista, simplificar el proceso de negociación y contratación. Sin embargo, esto conduce, generalmente, a una simplificación de los términos de referencia o pliegos de condiciones, lo cual

puede convertirse, posteriormente, en una gran desventaja puesto que tanto el alcance del trabajo y del suministro, como los requerimientos técnicos y características garantizadas de los diferentes componentes y equipos quedan definidos en forma más general, con base en estudios y diseños preliminares.

Este hecho da lugar a que posteriormente no puedan controlarse efectivamente todas las características de calidad de trabajo o del suministro, o que surjan discrepancias y a que se originen reclamos con sus correspondientes extracostos.

También puede resultar conveniente este tipo de contrato cuando el Propietario no dispone del conocimiento o capacidad para gerenciar su desarrollo.

Se hace prácticamente obligatorio conformar grandes paquetes para el desarrollo de proyectos o para la adquisición de los equipos cuando se requiere la financiación de los bienes por parte de los proveedores (crédito al comprador o atractivo y se tenga efectivamente un suficiente número de ofertas. Sin embargo, fabricantes o contratista de equipos, el proceso de negociación y contratación se prolonga en forma sustancial debido a que, el contrato de suministro queda condicionado al perfeccionamiento y legalización del contrato de financiación. Esto implica adelantar los procesos de negociación para que no afecten el plazo final de terminación y puesta en servicio del proyecto.

3.1.5.1.2 Precio o Suma Global (Lump Sum). Desde el punto de vista de los precios y del valor del contrato, ésta es una de las formas más rígidas de contratación, especialmente en cuanto a las variaciones permisibles durante la ejecución del contrato. Esto implica normalmente disponer de diseños muy avanzados y especificaciones técnicas detalladas, completas y definitivas. El contratista asume la gran mayoría de los riesgos especialmente en cuanto a los costos de ejecución del proyecto, por lo cual, se gestión estará muy orientada al control de los costos; de los resultados de este control depende la obtención de

utilidades. Un mayor riesgo para el contratista implica un mayor costo para el inversionista. Si los estudios de ingeniería y los diseños para construcción se encuentran en una fase más avanzada, los riesgos se disminuyen y, en consecuencia, los costos del proyecto; por el contrario, la incertidumbre y la mayor posibilidad de introducir modificaciones o cambios durante el desarrollo del contrato, debido a que tan sólo se dispone de diseños preliminares, conlleva mayores riesgos para el contratista y necesariamente un mayor costo para el inversionista.

3.1.5.1.3 Contratos por Administración Delegada. Estos tipos de contrato son totalmente opuestos al descrito en el caso anterior, ya que el valor total del contrato depende de la cantidad total y de las características de los servicios prestados o de los trabajos ejecutados por el contratista. En términos generales, puede decirse que el sistema parte de la identificación, definición y cuantificación de los costos directivos reembolsables.

Existen varias modalidades, tales como:

- Precios unitarios (incluye utilidades)
- Costos directos asociados más porcentaje por administración u honorarios.
- Costos reembolsables con beneficio máximo limitado (Tope máximo).
- Costos reembolsables con beneficio máximo e incentivo.

Estas modalidades son, en general, más flexibles y permiten manejar situaciones cuando el proyecto o el alcance del trabajo no está completamente definido. Cada una de éstas tiene características o detalles específicos en cuanto a su forma de aplicación, como también cada una presenta mayores ventajas o desventajas según el tipo de proyecto. El propietario por sus propios medios o a través de un tercero puede ejercer el control necesario. Si el control que se ejerce sobre el

contratista es deficiente o si no se tiene la capacidad necesaria para ejercerlo, estas modalidades pueden no ser apropiadas o convenientes.

3.1.6 Tipologías de Contratos Estatales

3.1.6.1 Contrato de Obra Pública: Es determinante para establecer si un contrato es o no de obra pública es que quien contrate la obra sea una entidad estatal, independientemente de la naturaleza de los bienes inmuebles en los cuales se ejecuta la obra. Además deben incluirse las llamadas cláusulas excepcionales de interpretación, modificación, terminación unilaterales y caducidad. Es obligación para este tipo de contrato, contratar la Interventoría con personas independientes de la entidad contratante y del contratista para el evento en el que el contrato haya sido celebrado como resultado de un proceso de licitación o concurso. El acuerdo de voluntades conlleva la realización final y completa de la obra encomendada y hasta tanto ello no se obtenga, el objeto no ha sido cumplido. Si antes de su realización integral se agotan los recursos inicialmente estimados, lo que compete es obtener los dineros que se requieran para terminar la obra a manera de una obligación presupuestaria interna de la entidad estatal y sin que se necesite la suscripción de ningún contrato adicional.

3.1.6.2 Contrato de Consultoría: Son aquellos que celebran las entidades del Estado, referidos a la realización de estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad para programas o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Este tipo de contratos tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. Las entidades estatales pueden celebrar este tipo de contratos con personas naturales o jurídicas que se encuentren inscritas, clasificadas y calificadas en el registro de proponentes y su selección se efectuará mediante concurso de méritos.

3.1.6.3 Contrato de Prestación de Servicios: Se celebra con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con el cumplimiento de funciones adscritas a la entidad pública contratante y que no impliquen el ejercicio de funciones administrativas cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales, y se celebrarán por el tiempo estrictamente indispensable.

3.1.6.4 Contrato de Concesión: La fórmula concesional está dominada principalmente por la necesidad de estimular la inversión privada en diversos proyectos de infraestructura como complemento indispensable de los recursos públicos destinados a ese fin. Este concurso del capital privado encuentra cabal correspondencia con la concepción jurídica moderna del contratista como colaborador del Estado en la realización de sus fines. La concesión como contrato, supone su sometimiento a las reglas y principios de los contratos estatales: Transparencia, economía, responsabilidad, libertad de concurrencia, igualdad de oportunidades, carácter conmutativo del contrato, mantenimiento del equilibrio económico financiero, etc. Existen diferentes modalidades básicas de concesión: a) Concesión de servicios públicos para su prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial; b) Concesión de obra o de bien destinados al servicio o uso público, para su construcción, explotación o conservación total o parcial, y c) Concesión de bienes estatales. En el contrato de concesión el particular actúa por su propia cuenta y riesgo, lo que no impide que opere el principio del mantenimiento del equilibrio financiero o ecuación económica del contrato, como lo reconoce unánimemente la doctrina. Adicionalmente la ley establece que el concesionario está sujeto al control y vigilancia del ente concedente, lo cual se traduce en facultades de ordenación, instrucción y reglamentación en relación con la forma como se construye la obra, se explota o se conserva, o sobre la forma en que se explota el bien o se presta el servicio.

Referencia al contrato de concesión de obra pública: El contrato de concesión de obra pública tiene por objeto la construcción, conservación o explotación de obras públicas nuevas, o la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimientos de obras públicas ya existentes, con la particularidad que la remuneración al particular concesionario la paga la Administración otorgándole la explotación de la obra por un término preestablecido, dentro del cual percibe de los usuarios las tarifas o peajes autorizados.

El precio en el contrato de concesión de obra: El elemento típico de la concesión de obra es, pues, la forma de remuneración del contratista que proviene de los derechos que pagan los usuarios por concepto de la utilización de las obras.

“Riesgo y Ventura” en la remuneración del concesionario:

Riesgo Proyecto: Corresponde al grado de dificultad para su construcción y operación. Su nivel de incidencia es significativo durante la etapa de construcción. Normalmente este riesgo se suele cubrir a través de compensaciones por mayores cantidades de obras o por obras complementarias.

Riesgo mercado: Está presente durante la etapa de operación y tiene que ver con el grado de utilización del proyecto, cantidad de usuarios o tránsito estimado.

Riesgo Financiero: Tiene que ver con fluctuaciones inflacionarias y/o cambiarias tanto en la etapa de construcción como en la de operación.

Riesgo Tiempo: Tiene que ver con los cambios en el retorno de la inversión cuando éste se produce en diferentes tiempos.

El plazo en el contrato de concesión de obra: Además de permitir la amortización en un tiempo razonable de los capitales invertidos, busca lograr que la incidencia de dicha amortización no afecte el establecimiento de tarifas reducidas y accesibles, de tal forma que el plazo actúa como uno de los elementos fundamentales de la ecuación económica financiera de la concesión. También obtendrá el beneficio por su inversión, más las ganancias razonables previstas sobre la base del sistema que previamente se ha dispuesto en los pliegos de bases y condiciones.

3.1.6.5 Contrato de Fiducia y Encargo Fiduciario: La fiducia y el encargo fiduciario, son las operaciones financieras a través de las cuales las sociedades fiduciarias desarrollan su objeto social exclusivo. En virtud del negocio fiduciario, cualquiera que sea su modalidad, se confía a un fiduciario determinados bienes para que los administre y enajene, si es necesario, en orden a cumplir una específica finalidad determinada por el fideicomitente o constituyente.

3.1.7 La Conmutatividad – Característica Esencial de los Contratos Estatales

3.1.7.1 Generalidades. En el estudio que nos ocupa, resulta de vital importancia tomar partido en torno a la discusión que se presenta frente a la condición de conmutatividad o aleatoriedad de los contratos estatales.

Lo anterior, por cuanto del concepto que de dicha clase de contratos se tenga, dependerá la posibilidad que tenga el contratista de solicitar el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, cuando este se vea roto por causas no imputables a las partes. Y ello es así, porque al estar en presencia de un contrato aleatorio, se parte de la no existencia de equilibrio alguno entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes, siendo imposible luego solicitar tal clase de restablecimiento; máxime cuando la ganancia o pérdida que reporta dicha clase de contratos para las partes, depende de un hecho futuro e incierto. En

oposición, solo será posible solicitar el mantenimiento de la ecuación contractual en aquellos contratos en los cuales, al momento de celebrarse, se haya pactado un equilibrio entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes y cada una de ellas esta en capacidad de conocer el beneficio o pérdida que dicho contrato le reportara; vale decir, será aplicable el principio del mantenimiento del equilibrio económico y financiero, en aquellos contratos que tienen tal equilibrio de prestaciones desde su inicio, es decir, los contratos conmutativos.

La ecuación económica y financiera del contrato tiene sentido en la medida que se conciba al contrato estatal como un contrato conmutativo, en los términos del Código civil. Y aunque resulta apenas obvio encuadrarlo dentro de esta categoría, bien vale la pena entender las razones jurídicas por las cuales la conmutatividad es una característica propia de los contratos que celebra el Estado con los particulares, y que por lo tanto, eliminan de plano cualquier consideración en contrario.

Para el efecto, recurrimos a las concepciones de la responsabilidad del Estado y la contratación estatal.

1. La administración pública debe siempre propender por la igualdad de los administrados. Esto quiere decir, entre otras muchas situaciones, que nadie esta obligado a soportar cargas que jurídicamente no le corresponden. Y en caso de hacerlo, tiene derecho a que el Estado lo indemnice por ello.

2. La Ley 80 de 1993, establece como derecho de los contratistas: “Artículo 5º, numeral 1º. Derechos del contratista. 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, tendrá 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 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.”

3. Además, con base en los principios de la contratación estatal, se puede afirmar que: “En los contratos estatales, no pueden existir “contingencias inciertas” que determinen el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes y de sus derechos derivados de la celebración del contrato. Por el contrario, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, impone el establecimiento y determinación precisa del objeto de las prestaciones contractuales; el artículo 25 de la misma ley ordena a los entes públicos contratantes contar con las definiciones contractuales requeridas con antelación a la apertura de la licitación o concurso o a la celebración del contrato, según el caso; y el artículo 26 del Estatuto hace responsables a los servidores públicos de las omisiones en que incurran frente a la aplicación de esta normativa¹”.

Se concluye entonces que, los principios de la contratación estatal, sumados a la obligación del Estado de indemnizar los daños causados a los particulares que asuman cargas que jurídicamente no les corresponde, llevan implícita como característica del contrato estatal su conmutatividad, o la existencia del principio de la reciprocidad de las prestaciones.

En los contratos estatales no pueden existir circunstancias dudosas para el contratista, quien debe, desde el momento en que formula su oferta a la entidad estatal, tener claras las “reglas del juego”. De llegar a existir en los pliegos de condiciones o términos de referencia, por mandato del Artículo 24 numeral 5º de la Ley 80 de 1993, estas serán ineficaces de pleno derecho. Además, durante la ejecución del contrato, la equivalencia objetiva de las prestaciones recíprocas

¹ MONTES ECHEVERRI, Susana. Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos. Revista de Derecho Público No.11. Junio de 2000. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho.

debe mantenerse en aras de salvaguardar el equilibrio económico del contrato, y de hecho, de conservar el carácter contractual del acuerdo alcanzado por el Estado y su contratista.

3.1.7.2 Contrato Conmutativo y Contrato Aleatorio. Diferencia e Importancia.

El artículo 1489 del Código Civil establece: “El contrato oneroso 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 dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, el contrato es aleatorio”.

De la lectura de la norma citada, se deduce que cuando las obligaciones a las cuales se comprometen las partes son equivalentes, el contrato será conmutativo. Por el contrario, si entre dichas obligaciones no existe un equilibrio o relación de igualdad (visto desde el punto de vista económico), el contrato será aleatorio.

Lo que caracteriza al contrato conmutativo, es que las prestaciones a que da nacimiento se conocen desde el momento mismo de su celebración; cada parte sabe, o esta en capacidad de saber en ese instante, el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta. En el aleatorio ocurre precisamente lo contrario, pues los contratantes no pueden prever en el momento de su celebración el alcance de sus prestaciones o la ganancia o pérdida que derivan del contrato, puesto que ellas están subordinadas o dependen de una contingencia incierta.

En suma, la principal diferencia entre el contrato conmutativo y el aleatorio, es la posibilidad de determinar desde el origen del negocio, el grado de utilidad o pérdida que el mismo reporta a cada una de las partes; no siendo posible establecer lo anterior en el contrato aleatorio, dada la dependencia que existe

entre el nacimiento de las obligaciones a una contingencia incierta y futura que puede o no acaecer.

Solo existirá la obligación de restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato, en aquellos denominados “conmutativos”. Lo anterior, en razón a que en los “aleatorios”, no existe un equilibrio entre las prestaciones correlativas de las partes. No podría haberse determinado tal equilibrio y, en consecuencia, no podría estar en capacidad de quebrarse. Es por ello que debe entenderse que en los contratos aleatorios, el contratista asume la totalidad de los riesgos del negocio. Adicionalmente, porque el beneficio o pérdida que reporta tal tipo contractual, radica precisamente en la contingencia incierta y en que esta acaezca o no. Así, una de las partes podrá verse beneficiada mientras que la otra no; a diferencia del contrato conmutativo, en el cual las dos partes, por regla general, deben beneficiarse de igual forma, desde el punto de vista económico.

Es necesario precisar que el rompimiento del equilibrio económico solo puede predicarse en los contratos que son de ejecución sucesiva o de ejecución instantánea diferida, por oposición a los contratos de ejecución instantánea de un solo acto, toda vez que en los últimos, al ejecutarse el contrato en un solo momento, no podrá romperse el equilibrio por causas sobrevinientes; mientras que en los de ejecución sucesiva o de ejecución instantánea diferida, durante el lapso en el cual el contrato se desarrolla, podrán suceder situaciones imprevistas, ajenas a las partes, que modifiquen las condiciones iniciales del contrato, haciendo mas gravosa la situación para una o ambas partes contractuales, rompiéndose el equilibrio contractual.

3.2 EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

3.2.1 Generalidades. El principio de la autonomía de la voluntad, como principio que orienta a los contratos estatales, no es propio del derecho privado. Su

inclusión en el Estatuto General de la Contratación Pública, tuvo origen en la intención del legislador de la época de devolverle al contrato estatal legitimidad y credibilidad, permitiéndole a las partes ejercer una libertad contractual, que si bien no es absoluta, propende por la agilidad de los procesos contractuales.

La Ley 80 de 1993 consagro para la contratación pública, el principio de la autonomía de la voluntad en los siguientes términos:

“ARTICULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. 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”.

En atención al contenido del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y para el análisis de la ecuación económica y financiera del contrato estatal, el principio de la autonomía de la voluntad privada resulta importante en la medida que, en virtud de este principio, las partes de un contrato pueden pactar derechos para ambas o una de ellas, y así mismo, pueden renunciar a ellos. En este contexto, es preciso revisar si la estipulación contractual mediante la cual el contratista renuncia a su derecho a reclamar por el rompimiento de la ecuación económica y financiera del contrato que se va a celebrar, es válida.

En primer lugar, la conmutatividad del contrato estatal involucra los derechos a la igualdad del contratista, quien no tiene razón para soportar cargas que jurídicamente no le corresponden, sin recibir a cambio la respectiva indemnización, y el derecho a la propiedad privada y la consecuente protección al patrimonio que establece el artículo 58 de la Constitución Política de 1991.

Dentro del marco del contrato estatal, la renuncia al derecho que tiene el contratista al mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, no es tan simple. Dicha renuncia, implicaría para el contrato, que se desvirtuó la conmutatividad que lo caracteriza y la finalidad de la contratación estatal, consagrada en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993.

La aplicación de la autonomía de la voluntad no es ilimitada, pues en derecho privado, debe enmarcarse dentro de la ley, la moral y las buenas costumbres. Ahora bien, para poder saber que es renunciable y que no lo es en Derecho Administrativo, además de aplicarse los mismos criterios que en Derecho Privado, debe atenderse primero lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

Es así como la conmutatividad del contrato se constituye en un límite adicional a la aplicación de este principio. Esto se debe a que las partes, en estricta observancia de dicho principio y sus límites, deben, tanto en la etapa precontractual, al momento de plantear las condiciones del contrato y formular ofertas de contratación, como en la ejecución del contrato, cuando se rompa el equilibrio económico, observar criterios objetivos.

“El principio de reciprocidad de prestaciones (conmutatividad del contrato) como límite del postulado de la autonomía de la voluntad, se pone en juego cuando la administración Pública celebra un contrato, en el que objetivamente se puede predicar que el precio pactado difiere sustancialmente de las condiciones del mercado (sobrecostos en contra del interés público o infracostos en detrimento del

particular), el que estará afectado de nulidad absoluta por contravenir una norma imperativa y de orden publico, como es la que consagra el deber de selección objetiva de los contratistas²”.

La renuncia que el contratista haga de sus derechos a lograr la indemnización que le corresponde por la Asunción de una carga que jurídicamente no debía asumir, y a obtener una utilidad derivada de la ejecución del contrato, excede los límites de la autonomía de la voluntad privada dentro del marco del Derecho Administrativo y la contratación estatal, lo cual además, como consecuencia de lo anterior, desvirtúa la conmutatividad del contrato. La renuncia que el contratista haga de los derechos que le corresponden, supuestamente amparado en el principio de la autonomía de la voluntad, contraría la esencia misma del contrato estatal, que es claramente una disposición de orden publico, desnaturalizándolo, y en consecuencia viciando la convención de nulidad.

Ahora, la labor interpretativa que llevara necesariamente a distinguir que aspectos del contrato son renunciables, corresponderá en primera medida a las partes. Pero si estas no lo hicieran, será tarea del juez, determinar el alcance de la autonomía de la voluntad, a la hora de dirimir un conflicto entre los co-contratantes.

3.2.2 La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Estatal. Como ya ha sido anotado, el restablecimiento del equilibrio del contrato solo procederá en los contratos de carácter conmutativo, siendo ellos entonces los únicos contratos de los cuales se puede predicar la obligación de mantener el equilibrio económico y, en consecuencia, en los que se puede distribuir el riesgo entre las partes contratantes.

² ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Editorial Legis. Primera edición. 1999.

Ahora bien, es preciso aclarar que el hecho de que exista una conmutatividad entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes, no significa que entre ellos no puedan existir pactos a través de los cuales cada una de las partes asuma un determinado riesgo. Esto a través de su libre voluntad, siempre que no atenten contra los límites que la ley impone a la misma.

El presente estudio tiene por objeto determinar si existe la posibilidad de que el contratista asuma riesgos del negocio que, en principio, debe correrlos la entidad contratista al ser el dueño de la obra; cuales de los riesgos existentes pueden ser asumidos por este y, de ser posible, cual es el medio a través del cual se puede presentar tal asunción de riesgos.

Así pues, es la libre voluntad de las partes contratantes la que permitirá que el particular contratista asuma riesgos en beneficio del proyecto, aun cuando ello represente un aumento en el valor de su propuesta, manteniendo así el equilibrio entre las contraprestaciones de cada una de las partes. De hecho, es el mismo Estatuto Contractual el que prevé tal circunstancia al establecer en su artículo 40:

“Del contenido de los contratos estatales: 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 acuerdo 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 que 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 ...”

De este modo, para el objeto del presente estudio se torna indispensable analizar la figura de la autonomía de la voluntad, sus límites e implicaciones en la contratación estatal.

3.2.3 La Autonomía de la Voluntad como Fundamento del Contrato. El principio en estudio tiene consagración constitucional en el artículo sexto de la Carta al establecer que las personas se encuentran autorizadas para realizar todas aquellas actividades que no estén expresamente prohibidas por la ley. Sin embargo, dicho derecho constitucional establece en si mismo el limite a la autonomía de la voluntad de las personas, el cual no es otro que, a través del ejercicio de tal potestad, no podrán atentar contra las disposiciones del ordenamiento jurídico en las que vaya envuelto el orden publico, la moral o las buenas costumbres.

En virtud de tal principio, será la voluntad una de las principales fuentes de obligaciones, al ser el fundamento de las prestaciones a que se compromete cada una de las partes al momento de celebrar un contrato.

Lo anterior encuentra sustento legal en el Código Civil al establecer que las partes se podrán obligar con otras por medio de acuerdos que manifiesten su voluntad en tal sentido.

Así pues, para que una persona se obligue con otra por medio de un contrato, tendrá esta que manifestar su voluntad en tal sentido, tomando especial relevancia en la vida jurídica, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Y ello es así porque el motor de toda relación contractual es la intención manifestada por la persona de obligarse para con la otra en determinada prestación, sometiéndose de tal modo a lo pactado. Y es que es justamente del consenso mutuo de las partes en torno a las prestaciones acordadas lo que se traduce en el contrato, fuente de obligaciones reciprocas, el cual será de obligatorio cumplimiento para

las partes, tal como lo establece el principio *pacta sunt servanda*, el cual no significa otra cosa distinta que estar en la obligación de cumplir lo pactado.

Así mismo, si tal acuerdo implica la obligación de ser cumplido por cada una de las partes, necesariamente debe implicar la posibilidad de que las mismas puedan exigir su cumplimiento pues, de lo contrario, su fuerza vinculante se reduciría al honor de las partes de cumplir con lo prometido.

Es pues, de indudable importancia en el ámbito contractual, el principio de la autonomía de la voluntad y los efectos que ella tiene en la autorregulación de las relaciones privadas, dada la soberanía de la voluntad en las relaciones entre particulares y la fuerza vinculante que ella conlleva a efectos de cumplir lo pactado.

Para que un acto o acuerdo producto de la voluntad sea válido, será necesario que el mismo no atente contra las leyes que sean de orden imperativo, y que no contrarié las buenas costumbres y el orden público, siendo aquellos los límites de la autonomía de la voluntad a que se hacía mención.

Dichos límites buscan que los particulares a través de sus acuerdos, no atenten contra las instituciones básicas que permiten el desarrollo y prolongación de la sociedad; principios que se encuentran protegidos bien sea de manera expresa a través de normas que prohíben pactos en contrario, bien por costumbres que buscan la equidad entre particulares, o por normas de orden público, las cuales encuentran su objeto en el correcto funcionamiento del Estado, y de las relaciones más relevantes para el mismo. Así, por más que los particulares quieran acordar cláusulas contrarias a las mínimas establecidas por la ley laboral, ellas serán ineficaces, toda vez que las mismas están fundamentadas en la necesidad del Estado de proteger al trabajador, en aras a cumplir con la función social que impone el Estado Social de Derecho.

Ello implica que a medida que aumentan las funciones que al Estado se le imponen, aumentan también las limitaciones a la autonomía de la voluntad, toda vez que serán mayores las normas que no admitan pactos en contrario, buscando garantizar el correcto funcionamiento de determinadas áreas de la vida social; responsabilidad que esta en cabeza del Estado mismo.

Tales funciones sociales en cabeza del Estado hacen indispensable la creación de un sistema que permita la protección de los intereses de los contratantes que, por su posición de inferioridad puedan verse obligados a convenir respecto de lo que la contraparte dominante le impone.

Resulta evidente que las normas que regulan la contratación estatal son de orden publico, toda vez que las mismas buscan proteger el patrimonio del Estado, garantizar la posibilidad de que todo particular pueda acceder a la contratación estatal en igualdad de condiciones, garantizar el principio constitucional de igualdad frente a las cargas publicas, proteger el patrimonio del particular cuando este se vea afectado por causas no imputables al mismo, etc., fines de la ley de contratación cuya característica común es ser parte de la función social esencial e inherente al Estado Social de Derecho.

Es por ello que seria un contrasentido permitir pactos que contrariaran tales normas pues, de ese modo, se estaría permitiendo violar los fines buscados por el Estado a través de las mismas; fines que, como ya ha sido anotado, buscan permitir el desarrollo de las instituciones del Estado y el correcto funcionamiento del mismo en aras al bienestar de la colectividad.

Pero no solo ostentan la calidad de normas de orden público por las anteriores consideraciones, sino porque es de vital importancia para el normal desarrollo y funcionamiento del estado respecto de sus relaciones con los particulares, al momento de contratar, la necesidad de proteger a la parte más débil dentro del

contrato: el particular contratista. Y es evidente la posición de inferioridad que ostenta, toda vez que el contrato que celebra se acoge a un pliego de condiciones en cuya elaboración no participa; queda sometido a las “reglas de juego” que la administración le imponga y, como si fuera poco, esta sometido a las cláusulas excepcionales de que goza el Estado en todo contrato estatal y que son, evidentemente desfavorables para el particular contratista.

Siendo el orden público el principal límite que tiene la autonomía de la voluntad, y ostentando tal calidad las normas que regulan la contratación estatal, resulta claro que a través de pactos celebrados entre las partes no se pueden contrariar los principios que establece la Ley 80 de 1993.

Debido a que la ley guardo silencio en torno a la posibilidad de trasladar riesgos al contratista, debe entenderse que es perfectamente valido el acuerdo entre los contratantes tendiente a trasladar aquellos riesgos “determinados o determinables”, toda vez que los mismos podrán verse reflejados en el valor económico de la propuesta presentada por el contratista.

Ahora bien, dentro de los contratos conmutativos, en los cuales si esta llamado el Estado a mantener el equilibrio contractual, debe concluirse que no puede trasladársele al contratista los riesgos “indeterminados o indeterminables” del proyecto, pues con ello se desvirtúa por completo la naturaleza conmutativa del contrato, dado que la ganancia o perdida que el mismo le reportara al contratista dependerá que acaezca o no la situación considerada como riesgo. Por lo demás, es una norma de orden publico, la que establece el derecho del contratista de solicitar el restablecimiento del equilibrio económico cuando el mismo se ve roto por causas no imputables a las partes, siempre que se haya establecido tal equilibrio al momento de celebrar el contrato (contrato conmutativo). Así, deberá entenderse como ineficaz toda cláusula que atente contra ese derecho, debido al orden publico que en el va envuelto. Ello por cuanto tal clase de reconocimiento

proviene de la misma Constitución Política, la cual protege el patrimonio y establece el derecho fundamental de la igualdad ante las cargas publicas, el cual se vería afectado si un colaborador del Estado tuviera que soportar los riesgos indeterminados propios de un proyecto de competencia de la administración. Del mismo modo, el estatuto contractual prohíbe la asunción de de tal clase de riesgos por parte del contratista en los contratos conmutativos, al establecer en su artículo 24:

“se definirán reglas claras que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad”.

Así las cosas, nunca serán trasladables al contratista, por acuerdo entre las partes, los perjuicios producidos como consecuencia de hechos imprevistos e imprevisibles, ajenos a la voluntad de las partes, envueltos dentro de la “teoría de la imprevisión” y los derivados del “hecho del príncipe”.

En resumen, es la autonomía de la voluntad el fundamento de todo tipo de contratos, pues es esta la que permite tomar la decisión de contratar o no y, por otro lado, la que fundamenta las obligaciones a que cada una de las partes se compromete. No obstante lo anterior, tal autonomía encuentra límites determinados los cuales, a su vez, encuentran su fundamento en la necesidad del Estado de proteger intereses determinados relacionados con el cumplimiento de los fines sociales que le son propios al Estado Social de Derecho.

3.3 EQUIVALENCIA ECONÓMICA DEL CONTRATO

3.3.1 Generalidades. Tal como se ha expresado en los capítulos anteriores, los contratos deben ser ejecutados en los términos que se suscriben entre las partes, es decir, el contrato se convierte en ley para las partes. Es por esto, que las partes

deben tener claro lo que puede suceder durante el desarrollo de este, es decir, se debe analizar en que condiciones se esta celebrando el contrato, cuales son las cláusulas que lo componen, cuales son los riesgos que las partes asumen al suscribir el contrato, para así tomar las precauciones necesarias que permitan plantear acciones correctivas.

Es por esto que, tanto los contratistas como las entidades contratantes deben realizar una cuidadosa revisión a las ofertas presentadas, las cuales dan origen a la celebración de los contratos, ya que en algunas ocasiones las entidades contratantes consideran que consignando en el pliego de condiciones algunas obligaciones que son imposibles de cumplir o que no dependen de la voluntad del contratista, estos quedan impedidos para alegar una situación de desequilibrio; lo anterior, no es valido ya que si bien es cierto, el contrato es ley para las partes, es evidente que a nadie se puede obligar a cumplir lo imposible.

En este orden de ideas, en este capitulo trataremos de desarrollar en forma un poco profunda y extensa los conceptos necesarios para aproximarnos en forma teórica a la equivalencia económica del contrato.

La teoría de la equivalencia económica del contrato ha sido objeto de un singular desarrollo en el Derecho Administrativo y constituye un principio especial que sirve de fundamento a los contratos estatales y cumple una importante función interpretativa e integradora de la institución como lo reconoce expresamente el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. La aplicación del principio de la equivalencia económica en el contrato estatal, es lo que permite encuadrar doctrinalmente esta institución dentro de la teoría general del contrato, pues a pesar del poder jurídico que la Administración Publica tiene de introducir unilateralmente modificaciones al objeto contractual, debe respetar íntegramente el valor real de la remuneración del contratista pactada al momento de su celebración.

La equivalencia económica del contrato es la garantía que el Derecho le otorga a la orbita patrimonial del contratista, como un justo limite a la supremacía que ostenta la Administración Publica en sus relaciones jurídicas, como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés publico. Es así como, la equivalencia económica es la contrapartida en favor del contratista de las prerrogativas de la administración y de la mutabilidad del contrato estatal, lo que le ofrece a los particulares la suficiente seguridad jurídica para intervenir en la gestión contractual publica, puesto que sin esta garantía no tendría ninguna vigencia practica esta institución, en razón a que nadie estaría dispuesto a participar en esta clase de relaciones jurídicas si la Administración Publica pudiera modificar unilateralmente las condiciones del contrato sin respetar la remuneración pactada.

La noción de equivalencia económica del contrato, es un principio general de derecho publico, que postula como regla esencial del contrato estatal, la de mantener durante su ejecución, la equivalencia de las prestaciones mutuas establecidas por las partes al celebrar el contrato, que se consideran determinadas por las circunstancias de hecho existentes en ese momento. Si hechos posteriores alteran esa relación en detrimento de una de las partes, esta debe restablecerse.

La equivalencia económica del contrato estatal se refiere entonces al mantenimiento de las condiciones de tiempo, modo y lugar, los costos, etc. que el contratista tuvo en consideración para formular su oferta al Estado. Estos factores determinan, además de la correcta y oportuna ejecución del contrato en los términos que se haya estipulado, la expectativa de utilidad que el contrato representa para el, lo cual se reitera, constituye la causa que lo llevo a contratar con el Estado.

Puede decirse que el concepto de equivalencia económica del contrato es una protección legal para el contratista, un contrapeso a las facultades exorbitantes que tiene la administración; es la garantía de que el interés económico, legítimo y jurídicamente protegido, se vera amparado en la medida en que el contratista es un colaborador del Estado en el cumplimiento de sus fines esenciales. El Estado no esta en la posibilidad de salvaguardar el equilibrio económico del contrato, sino en la obligación legal de hacerlo.

En este orden de ideas, el equilibrio económico del contrato, su mantenimiento y restablecimiento de ser necesario, constituye un derecho del contratista, y un deber legal de la administración.

El equilibrio económico del contrato no se erige en una protección a ultranza de todos los riesgos del negocio, ni por tanto en una garantía absoluta de las utilidades. Lo será para eventos anormales que escapen a lo habitual del negocio según la especialidad del contratista, las circunstancias internas y externas que rodean la ejecución, la imprevisión de los efectos, etc.

Para determinar cual es el equilibrio prestacional inicial, el cual sirva como referencia para precisar cuando debe predicarse la alteración del mismo, se cuenta con un escenario normativo y principialistico, entre los que se tiene, la norma constitucional, la Ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios, los pliegos de condiciones, el contrato, los principios generales del derecho y los criterios interpretativos previstos en el artículo 28 de la ley contractual, lo mismo que las consagradas en el Código Civil, el de Comercio, entre otros.

Los objetivos que posee el equilibrio económico y financiero del contrato dentro de nuestra legislación son ofrecer una justa solución a los inconvenientes producidos por causas ajenas al contratista y que implican para este un detrimento patrimonial gravoso y mantener la simetría entre las prestaciones para los sujetos

contratantes, pues con ello se le están asegurando al contratista las utilidades que calculo al momento de la realización de la oferta, las cuales no pueden disminuirse por las actuaciones de la administración.

Una tendencia ha sostenido que el equilibrio a que se refiere la Ley 80 de 1993, se circunscribe exclusivamente al aspecto financiero de la relación, con lo que se desdibuja el verdadero marco obligacional de las partes intervinientes, ya que precisamente los derechos y obligaciones de las partes constituyen el objeto del contrato. Es por esta razón por la cual el equilibrio contractual no puede predicarse exclusivamente del contenido patrimonial del contrato, sino de la totalidad de las prestaciones derivadas del mismo.

En otros términos, el equilibrio hace referencia entre otras cosas, al lugar de cumplimiento de las prestaciones, al plazo estipulado, a la remuneración pactada, al pago oportuno de la misma, a la actualización de las sumas debidas por la entidad o del valor equivalente de la obra que debió ejecutar el contratista de conformidad con el cronograma de inversiones y ejecución, al medio de pago que ha de utilizarse, a la fijación anticipada de las cláusulas de reajuste, a las facultades conferidas al otro extremo contractual y en términos generales, a las previsiones acordadas como reglas del contrato.

A la anterior conclusión se llega por una variada gama de disposiciones tales como los artículos 78 y 90 de la Constitución Política, el Código Contencioso Administrativo, artículos 84 a 87, Ley 190 de 1995, artículos 59, 61 y 62 y el Estatuto Contractual especialmente los artículos 3, 5, 6, 14 numeral 1, 23 a 30; 41, 42, 43, 50, 54 y 62 a 69, lo mismo que el Decreto 679 de 1994 en sus artículos 1 y 2.

3.3.2 Evolución en el Derecho Colombiano

3.3.2.1 Desarrollo Legislativo. En el ordenamiento colombiano, el principio de la equivalencia económica del contrato estatal surge en la década de los sesenta, cuando a raíz de los problemas económicos derivados de la gran devaluación de la moneda nacional, la legislación positiva consagra las técnicas de la revisión de precios y de los contratos adicionales para atender los mayores costos que sobrevinieran durante la ejecución del contrato, y de esta manera, progresivamente se presenta una continua evolución hasta plasmarse con carácter general en la Ley 80 de 1993.

A continuación nos referiremos a las principales fases de la formación jurídica del principio de la equivalencia económica del contrato administrativo en nuestro ordenamiento jurídico.

- En la legislación Colombiana, por primera vez y en relación a los contratos de obra pública, aparece la revisión de precios en la Ley 4 de 1964, que en su artículo 11 le da carácter obligatorio: “En los contratos a que se refiere el literal a) del artículo 2 (para construcción, mejoras, adiciones o conservación, por un precio alzado o a precios unitarios), se pactaran revisiones periódicas del precio alzado o de los precios unitarios, en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos”.

- El artículo 17 del decreto reglamentario 1518 de 1965, ordenó que las fórmulas matemáticas de reajuste de precios debían ser incluidas en los pliegos de condiciones cuando se tratara de licitaciones o concursos.

- Con la expedición de la Ley 36 de 1966 se le permitió a la Administración Pública compensar los aleas anormales e imprevistos que se presentaran durante la vigencia del contrato, mediante la figura de los contratos adicionales. Con esto, la

ley le otorga a las partes un medio para restablecer la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas, cuando esta se altera por la acción unilateral del poder público, o por la modificación de las circunstancias económicas, sociales y políticas, o por las pérdidas sufridas por el contratista como consecuencia de un hecho externo e irresistible.

- Posteriormente al adoptarse el primer estatuto contractual de la Nación, en el Decreto 1670 de 1975, y en el año siguiente el Decreto 150 de 1976, se reiteró el mismo principio, pero con carácter facultativo, al emplear la expresión “podrán”, como aparece en el texto del artículo 74 del Decreto 150 de 1976.

El Decreto 150 de 1976 solo consagra la figura de la revisión de precios para las variaciones que ocurran en los factores determinantes de las obras; suprime completamente el instrumento de los contratos adicionales.

- El Decreto 808 de 1979 perfecciona la figura de revisión de precios consagrada en el artículo 74 del Decreto 150 de 1976, al prescribir que el reajuste de precios se realizaría no a la fecha de ejecución de los trabajos, sino al mes anterior al pago efectivo, con lo que se actualizaba el monto de la obligación que debía reconocer la entidad pública al contratista.

- Posteriormente la Ley 19 de 1982 en sus artículos 6 y 8, consagra el derecho del contratista al reconocimiento de los nuevos costos derivados de la modificación unilateral de los contratos decretada por la Administración por motivos de interés público y a la indemnización de perjuicios por la terminación unilateral del contrato ordenada por el ente público por razones de conveniencia u oportunidad.

- En el Decreto 222 de 1983, se recogen el conjunto de técnicas jurídicas consagradas a lo largo de la evolución legislativa para preservar el equilibrio económico del contrato. De esta manera, se institucionalizan las fórmulas que

permiten compensar los mayores costos que se presenten durante la ejecución del contrato como consecuencia de la ocurrencia de los aleas anormales que no fueron previstos por las partes al momento de la elaboración de la propuesta o celebración del contrato. Las técnicas consagradas en el Decreto 222 de 1983 para garantizar el equilibrio económico del contrato fueron las siguientes:

El derecho del contratista a una indemnización compensatoria (lucro cesante), cuando la administración pública procediera a terminar unilateralmente el contrato por motivos de orden público o coyuntura económica crítica (art. 18 ibidem).

El ejercicio de la potestad de la administración pública de modificar unilateralmente el contrato por exigencias de interés público, se sometía a los siguientes límites: ... c) deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista; d) debe guardarse el equilibrio financiero del contrato para ambas partes; e) deben reconocerse al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación (art. 20 ibidem).

La administración Pública tenía la facultad de celebrar contratos adicionales cuando fuere necesario modificar el plazo o el valor convenido, lo que permitía reconocerle una compensación al contratista por el incremento de los costos ocurridos como consecuencia del cambio de las circunstancias sociales, económicas o políticas existentes al momento de la celebración del contrato (art. 58 ibidem).

La posibilidad de las partes de pactar la revisión periódica en los contratos a precio global o por precios unitarios, por las modificaciones que se presentan en los costos de los componentes que integran las obras (art. 84 ibidem).

- La legislación que hasta ahora se ha comentado, no obstante que fue desarrollando el principio de equivalencia económica en los contratos estatales, no

imponía a la administración, como regla general, la obligación de restablecer la simetría financiera pactada en el contrato cuando ella fuera rota por cualquier circunstancia no imputable al contratista; solamente con la expedición de la Ley 80 de 1993, que aun hoy regula la contratación pública, se consagro de manera definitiva y categórica que: “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”. (Artículo 27, inc.1, art. 4 num. 8, art.5 num.1, art.14 num.1 inc.2, art.25 num.13 y 14, art.28)

3.3.2.2 El Equilibrio Económico en la Ley 80 de 1993. En la Ley 80 de 1993, en diferentes preceptos se consagra la noción de “equilibrio económico del contrato”, en términos que por su carácter de norma obligatoria para la administración y los particulares que contratan con ella, en la ejecución de los contratos estatales, se les atribuye el rango de disposición de orden público, de inmediata observancia, que no pueden eludir, modificar o limitar las partes contratantes, y de imperativa observancia en la interpretación de los contratos, para determinar el alcance de las prestaciones asumidas o que resulten a cargo de cada una de ellas, por hechos ajenos a estas que ocurran durante su ejecución.

Así mismo, establece unas técnicas en materia presupuestal que le permiten a la Administración pública el reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones necesarias para preservar la equivalencia económica del contrato. Es así como se consagra la exigencia para las entidades públicas de elaborar las reservas o certificados de disponibilidad presupuestal con base en el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la actualización de precios y la obligación de incluir en los presupuestos anuales una apropiación 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 (Ley 80 de 1993, art. 25, núms. 13 y 14).

El equilibrio económico contractual fue recogido plenamente en la Ley 80 de 1993, al establecer entre otros aspectos lo siguiente:

En el artículo 4, numeral 3, se faculta a los contratistas para solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

En el artículo 4, numeral 8, se indica que para asegurar el equilibrio, establece como obligación a cargo de la Entidad contratante, la adopción de las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del surgimiento de las obligaciones contractuales, utilizando los mecanismos de ajuste y revisión de precios, y acudiendo a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución.

En el artículo 5, numeral 1, se expresa que los contratistas 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.

Pero además, fuera de los casos de variaciones de los precios, también se consagra el equilibrio de la ecuación económica por la ocurrencia de fenómenos imprevistos no imputables al contratista, llevándolo hasta un punto de no pérdida, pero “si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato” (artículo 5, numeral 1).

En el artículo 4, numeral 9, se consagra una regla de conducta que tiende a preservar el equilibrio financiero del contrato al establecer que las Entidades 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 el artículo 14, numeral 1, se establece que en los eventos en que la Entidad ejercite cualquiera de las prerrogativas exorbitantes de que dispone para la dirección y control del contrato, deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tenga derecho el contratista por las medidas adoptadas y se aplicaran los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar con el fin de mantener la ecuación o equilibrio al momento de contratar.

En el artículo 25, numeral 14, se ordena a la Entidad hacer las previsiones oportunas que se requieran para los pagos 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.

En el artículo 27, se plasma la ecuación económica del contrato, cuyo alcance irradia todas las actuaciones de las partes al ordenar que se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, disponiendo la obligación de restablecer dicha igualdad o equivalencia cuando se rompa por causas no imputables a quien resulte afectado, adoptando las partes, en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para su restablecimiento.

Aquí entran en juego las formulas de reajuste, la revisión de precios entre las partes, el reconocimiento de extracostos, de intereses y costos financieros, la asuncion de algunas cargas directamente por la entidad, etc., para lo cual las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales.

En el articulo 28, al hacer la interpretación del contrato o de cualquiera de sus cláusulas, se debe tener en cuenta el principio de la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos, de tal manera que siempre se respete el alcance real de la remuneración pactada para el contratista.

3.3.3 Riesgos en la Contratación Estatal. Durante la vigencia de los contratos de la Administración Publica suelen presentarse riesgos de diferente naturaleza. En efecto, dentro del plazo de ejecución del contrato de obra publica, de concesión de servicios públicos, de suministro, etc., se pueden presentar cambios en las circunstancias sociales, económicas o políticas existentes al momento de su celebración, que alteran la equivalencia económica de las prestaciones reciprocas, sea por actuaciones imputables a una de las partes o por hechos completamente ajenos a los contratantes.

3.3.3.1 Modalidad de los Riesgos. Dentro de las situaciones que se presentan que pueden alterar la equivalencia económica del contrato, tenemos las aleas o riesgos normales inherentes al funcionamiento mismo de la empresa y las aleas o riesgos anormales y absolutamente extraños al empresario. A continuación procederemos a analizar separadamente estas dos situaciones:

3.3.3.1.1 Riesgos Empresariales. Estos riesgos se imputan jurídicamente al contratista en razón a que son previsibles al momento de la celebración del

contrato y no se pueden trasladar a la entidad contratante. Estos aleas se dividen en dos clases:

- Riesgos normales que corresponden al giro ordinario de la empresa y que debieron haber sido previstos por el contratista al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato. Son imputables exclusivamente al contratista, porque desde el momento de la celebración del negocio debió conocer las dificultades que se le presentarían para la ejecución del objeto contractual. Es así como el contratista no tiene derecho al reconocimiento económico de los mayores costos derivados de fenómenos que eran completamente previsibles desde la celebración del contrato, a menos que se desconozca el impacto porcentual que estos puedan tener en el valor de los factores determinantes de las obras, lo que se encuadraría dentro de la técnica de revisión de precios.

- Riesgos constitutivos del caso fortuito, estos se caracterizan porque tienen ocurrencia en la organización interna de la empresa por lo que deben ser asumidos por el contratista y no le confieren el derecho a solicitar el reconocimiento económico de los mayores costos a la Administración Pública.

3.3.3.1.2 Riesgos Externos. Son aleas o riesgos anormales y absolutamente extraños al empresario. Se imputan jurídicamente a la Administración Pública con base en los principios de garantía del patrimonio económico, de la reciprocidad de prestaciones y de la buena fe.

Es así como los mayores costos o la grave onerosidad sobrevenida en el cumplimiento de las obligaciones del contrato, derivados de las modificaciones unilaterales introducidas por la Administración Pública a la relación contractual (potestas variandi), o de las medidas generales y abstractas adoptadas por el Estado (factum principis), o del incumplimiento de las obligaciones contractuales (responsabilidad contractual), o de la ocurrencia de conflictos sociales,

económicos y políticos (teoría de la imprevisión y de la revisión de precios), o de las destrucciones, pérdidas o averías en las obras o en los bienes y equipos del contratista causadas por hechos de fuerza mayor (teoría de la imprevisión), o en fin, de las dificultades materiales imprevistas en la ejecución del objeto contractual (sujetions impreuves), deben ser compensados o indemnizados por la Administración Pública.

A estos riesgos es a los que corresponde propiamente la teoría de la equivalencia económica del contrato, prevista en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, que le otorga a las partes la facultad de solicitar el restablecimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, cuando esta se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado. Estos aleas se clasifican en las siguientes modalidades:

- **ALEAS ADMINISTRATIVOS.** causadas por la acción unilateral de las partes, bien sea por las modificaciones introducidas al objeto del contrato por motivos de interés público (potestas variandi), o por la expedición de las autoridades públicas de normas jurídicas o actos administrativos que inciden directamente sobre el contrato (factum principis), o por el incumplimiento de las obligaciones contractuales (responsabilidad contractual).

- **ALEAS COYUNTURALES.** Son los fenómenos de orden social, económicos o políticos que no se pueden prever al momento de la celebración del contrato y que tornan la ejecución excesivamente onerosa; o que siendo fenómenos previsibles se desconoce la incidencia que puedan tener en el valor del contrato.

- **ALEAS NATURALES.** Son los fenómenos de fuerza mayor (movimiento sísmico, erupción volcánica, maremoto, etc.), que causan destrucciones o pérdidas en las obras, o en los bienes y equipos; o las dificultades materiales que se presentan en la construcción de las obras que no fueron previstas por las

partes al momento de la celebración del contrato y que tornan la ejecución del contrato mas onerosa.

3.3.3.2 Indemnización de los Aleas Administrativos. Dentro de las formulas que consagra el Derecho y la Ley para asegurar la equivalencia económica del contrato estatal, se tiene la indemnización al contratista por el ejercicio de la potestas variandi, el factum principis y la responsabilidad contractual, en que las modificaciones de la ecuación económica financiera de la relación contractual son resultado de aleas administrativos atribuibles a la acción unilateral del Estado o de la entidad publica contratante.

3.3.3.2.1 Indemnización Derivada del Factum Principis (hecho del príncipe)

GENERALIDADES. La teoría del Hecho del Príncipe tiene fundamento en los postulados de la jurisprudencia francesa, y tiene hoy plena aplicación en Colombia, constituyéndose como uno de los motivos o causas que pueden generar el rompimiento del equilibrio financiero y económico del contrato.

Esta teoría es una figura jurídica que le permite al contratista solicitar el reconocimiento de una indemnización o compensación económica, en los casos que se presente una ruptura de la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, imputable a una medida general y abstracta que legítimamente adopte el Estado en ejercicio de sus poderes normativos de intervención en la sociedad y en la economía, y que no fue prevista por las partes al momento de la celebración del contrato.

Si la resolución o disposición del Estado fuesen de carácter “individual o particular” respecto al contratista, la responsabilidad estatal nada tendría con el “hecho del príncipe”, ni se regiría por el, sino por los principios de responsabilidad contractual.

De lo anterior, podría expresarse la diferencia existente entre la responsabilidad por el “hecho del príncipe” y la responsabilidad “contractual” del Estado: el “hecho del príncipe” presupone una norma “general” emanada de la autoridad pública, en tanto que la responsabilidad “contractual” del Estado presupone una norma “específica” relacionada con el contrato administrativo en cuestión; la responsabilidad por el “hecho del príncipe” no es “directa”, sino “refleja”, incide en el ámbito jurídico del contratista, causándole un daño resarcible por ser este diferencial respecto de los demás habitantes, por esa razón la ubica en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Así pues, el Hecho del príncipe puede definirse como toda decisión adoptada por cualquier autoridad administrativa que, al ser aplicada genera un perjuicio grave en contra del contratista, el cual se traduce en el rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato.

Diremos entonces que el primer elemento constitutivo del Hecho del Príncipe, se presenta con el ejercicio de una actividad unilateral por encima de la actividad de gestión de la entidad contratante, en ejercicio de sus potestades y prerrogativas exorbitantes como administración; estos actos pueden ser de carácter general o particular.

Se debe tener en cuenta que no necesariamente el acto tiene que ser producido por una autoridad diferente a la entidad contratante, ya que también puede ser producido por la entidad contratante pero en uso de atribuciones diferentes a las que emanan de la celebración del contrato.

DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS

- **Con la modificación o terminación unilateral del contrato.** También conocida como potestas variandi, se ha definido como la facultad que la Ley le

otorga a la entidad pública contratante para modificar el objeto o plazo contractual por consideraciones de interés público, lo que afecta directamente la equivalencia económica del contrato.

Se diferencia con el Hecho del Príncipe en que este implica la adopción de medidas generales y abstractas adoptadas por el Estado, que alteran indirecta y reflejadamente la equivalencia o igualdad del contrato, sin afectar cuantitativa o cualitativamente las prestaciones a cargo del contratista ni el plazo de ejecución de las mismas.

- **Con los actos o hechos de la entidad administrativa contratante.** La responsabilidad contractual se configura en los supuestos que la propia entidad pública contratante incurre en una conducta ilegítima en el seno del contrato, y se traduce en un incumplimiento de las obligaciones, que causa en forma directa e inmediata un daño antijurídico al patrimonio del contratista.

La diferencia radica en que la teoría del Hecho del Príncipe, es una conducta legítima imputable al Estado en ejercicio de sus poderes normativos de intervención en la sociedad y en la economía, que incide indirecta y reflejadamente en la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de la celebración del contrato, sin que pueda calificarse esta actuación como un incumplimiento o violación del contrato por parte de la entidad pública.

- **Con la teoría de la imprevisión.** Esta corresponde a los aleas naturales y coyunturales que extraordinariamente sobrevienen durante la ejecución del contrato y consisten en fenómenos de la naturaleza, sociales, económicos o políticos, que alteran la equivalencia económica del contrato.

El Hecho del Príncipe, corresponde a un alea administrativo que extraordinariamente sobreviene durante la ejecución del contrato y consiste en medidas generales imputables a una dependencia del Estado que corresponde a la misma persona jurídica de Derecho Publico que intervino como parte en la celebración del contrato.

REQUISITOS. Para que surja la obligación indemnizatoria a cargo de la entidad publica por el acaecimiento del alea extraordinario del hecho del príncipe, es necesario que concurren los siguientes elementos:

- **Medida general y abstracta imputable al Estado.** Hace referencia a medidas de naturaleza tributaria, monetaria, cambiaria, crediticia, laboral, ambiental, etc., que conllevan unos mayores costos o menores beneficios para las partes, en relación con los previstos al momento de la celebración del contrato. Estas deben plasmarse en normas jurídicas de carácter general y abstracto, como leyes, decretos reglamentarios, decretos administrativos, resoluciones administrativas, etc., las cuales son de obligatorio cumplimiento para las entidades publicas y los administrados.

El Hecho del Príncipe solo opera ante medidas de carácter general y abstracto, nunca ante medidas de contenido particular y concreto, expedidas por la entidad pública con incidencia directa en la equivalencia económica del contrato.

- **Naturaleza extraordinaria.** Para que opere el Hecho del Príncipe, es necesario que la medida que altera la equivalencia económica del contrato, no haya sido prevista por las partes al momento de la celebración del contrato, ya que si se hubiera podido prever, el contratista ha debido calcular su incidencia económica e incluir el monto de los mayores costos en el valor de la propuesta

- **Existencia del daño antijurídico.** Para que se configure el Hecho del Príncipe, el contratista debe sufrir un detrimento real, cierto y especial en su patrimonio, que no tiene el deber jurídico de soportar. Este daño se refleja normalmente en un incremento de los costos (daño emergente), o en una disminución de las utilidades (lucro cesante) que experimenta el contratista por las medidas extraordinarias imputables al Estado y torna más onerosa la ejecución del contrato.

- **Causalidad.** Es preciso que exista una relación de causa y efecto entre la medida oficial adoptada y el daño antijurídico sufrido por el contratista. No es necesario que la causa sea directa e inmediata, basta con que sea refleja o mediata.

- **Ausencia de mora del contratista.** Se requiere que el contratista no se encuentre en mora en el cumplimiento de sus obligaciones. Lo anterior por vía de integración normativa con el artículo 1604 del Código Civil, el cual dispone que “el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora”.

Nótese que es indiferente si la medida se toma con o sin culpa de la administración, basta con que la disposición adoptada afecte el desarrollo normal del contrato, y por ende, los intereses económicos del contratista, para que se configure el Hecho del príncipe, y consecuentemente la obligación del Estado de resarcir los perjuicios.

La indemnización al contratista debe ser integral, de modo que permita restablecer las condiciones económicas pactadas por las partes al momento de la celebración del contrato; es decir, no solo debe cubrir los mayores costos que debe asumir el contratista, sino que también debe comprender la pérdida o disminución de las utilidades que sean consecuencia de las medidas estatales.

3.3.3.2.2 Indemnización Derivada de la Potestas Variandi

Generalidades. Considerada inicialmente por la jurisprudencia y la doctrina francesa y española, como la indemnización al contratista por el ejercicio de la potestas variandi, como el supuesto típico de aplicación de la teoría de la ecuación financiera del contrato.

Es la indemnización o compensación económica al contratista por los danos que sufra como consecuencia de las modificaciones contractuales introducidas unilateralmente por la Administración pública.

Dentro del ejercicio de las potestades públicas de la Administración Pública en el ámbito de los contratos estatales, tenemos:

- Modificaciones cuantitativas a las prestaciones que constituyen el objeto de las obligaciones del contratista, como la adición o supresión de unidades o ítems previamente pactados de obras, trabajos, suministros o servicios. La administración pública tiene la obligación de reconocerle al contratista los nuevos costos y la disminución de utilidades para restablecer la equivalencia económica del contrato, lo cual se hará con base en el precio previamente pactado por las partes, el cual sirve como parámetro para determinar la cuantía de la indemnización o compensación que deberá pagarse.
- Modificaciones cualitativas a las prestaciones que constituyen el objeto de las obligaciones del contratista, como la adición de unidades o ítems no previstos de obras, trabajos, suministros o servicios; o la supresión total de los previstos; o el cambio de los primeros por los segundos. La administración pública tiene que determinar el valor del reconocimiento, mediante un proceso de negociación Inter.-partes para acordar el justo precio, ya que se trata de unidades o ítems de obras, trabajos, suministros o servicios no previstos en el contrato. A falta de acuerdo

entre los contratantes en torno a los elementos de la modificación contractual, la administración los puede determinar unilateralmente mediante la expedición de un acto administrativo.

- Modificaciones del plazo del contrato por consideraciones de interés público, que se presenta cuando la administración pública procede a declarar la terminación unilateral del contrato, o cuando, resuelve reducir el plazo contractual. El hecho de impedirle al contratista la construcción de las obras, la realización de los trabajos, la prestación de los servicios, o la entrega de los suministros, lo privan de la posibilidad de obtener las ganancias o utilidades que habría percibido con la ejecución del objeto contractual. La administración pública tiene la obligación de reconocerle al contratista un valor compensatorio por la ruptura de la equivalencia económica del contrato, derivada de la terminación unilateral del contrato, ya que este no tiene el deber jurídico de soportar en su patrimonio el daño derivado de la decisión unilateral de la entidad contratante. El valor de esta indemnización corresponderá a la utilidad que pretendía obtener el contratista por la ejecución del objeto contractual, calculada con base en la propuesta económica o en su defecto mediante un dictamen pericial.

Régimen Jurídico. El derecho del contratista a la indemnización por el ejercicio de la Potestas Variandi, se consagra por primera vez en el Derecho Colombiano, en los artículos 6 y 8 de la Ley 19 de 1982.

Pero fue en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, donde se dispuso el reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas..., todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Así mismo, tiene su fundamento en el principio de garantía del patrimonio consagrado en los artículos 2, 58 y 90 de la Constitución Política, especialmente

en el derecho que tienen los particulares de obtener una indemnización previa cuando sus derechos resulten afectados por el interés público o social.

Requisitos. Para que el contratista tenga derecho al reconocimiento de la indemnización por el ejercicio de la potestas variandi de la administración, es necesario que se presenten los siguientes requisitos:

- **Uso legítimo de la potestas variando.** El reconocimiento al contratista de la indemnización por el ejercicio de las potestades exorbitantes, solo se da cuando se trata de modificaciones cuantitativas o cualitativas a las prestaciones objeto del contrato, o por modificaciones al plazo contractual; las cuales se dan por motivos consagrados en la ley y con observancia de las formalidades establecidas para ello.
- **Existencia del daño antijurídico.** Se debe presentar un detrimento patrimonial del contratista, el cual se constituye en el objetivo que altera la equivalencia económica del contrato. El detrimento patrimonial normalmente se refleja en un incremento de los costos (daño emergente), o en una disminución de las utilidades (lucro cesante) que experimenta el contratista como consecuencia de las modificaciones del objeto o plazo contractual y que tienen el carácter de antijurídico por no tener el contratista el deber jurídico de soportarlo.
- **Causalidad.** Es preciso que exista una relación de causalidad entre el detrimento patrimonial del contratista y las modificaciones introducidas unilateralmente por la administración. Los mayores costos o la disminución de las utilidades deben ser una consecuencia directa de las modificaciones cuantitativas o cualitativas de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, o de la modificación del plazo contractual.

Extensión de la Reparación. La reparación al contratista por el ejercicio de la potestas variandi debe ser completa e integral, es decir debe comprender la totalidad del detrimento patrimonial en las modalidades de daño emergente y lucro cesante. Es una regla básica para que la reparación cumpla la función de restablecer la equivalencia económica o la igualdad entre derechos y obligaciones existentes al momento de la celebración del contrato.

Esta reparación o indemnización integral es una consecuencia de los principios de garantía del patrimonio, de la buena fe y de la reciprocidad de prestaciones.

3.3.3.2.3 La Responsabilidad Contractual

GENERALIDADES. Se define como la obligación que surge a cargo de las entidades estatales de reparar los daños antijurídicos que causen a los contratistas como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones en el seno de los contratos.

Constituye la técnica consagrada por el Derecho Administrativo para garantizar la integridad del patrimonio del particular, frente a los danos que pueda sufrir como consecuencia del comportamiento antijurídico de la administración en el cumplimiento de sus obligaciones.

Garantiza la equivalencia económica del contrato, mediante la tutela del derecho del contratista a la prestación no efectuada por la administración, la cual es sustituida por el reconocimiento de una indemnización que lo coloque en la misma situación patrimonial que tendría si se hubiera cumplido el contrato (pago de las utilidades o ganancias dejadas de percibir) y el resarcimiento de los danos directos que se pudieron derivar del incumplimiento de la obligación (pago de los mayores costos que se causan).

El objetivo de la responsabilidad contractual de la administración pública es garantizar el patrimonio del contratista, para lograr la equivalencia económica del contrato; no está orientada a imponer una sanción a un sujeto por una conducta reprochable, sino a proteger los derechos del particular que colabora en la satisfacción del interés público.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual son básicamente tres³:

- El incumplimiento de una obligación emanada del contrato, imputable a la administración pública
- El daño antijurídico sufrido por el contratista o la lesión de su derecho a la prestación
- La relación o nexo de causalidad entre el daño antijurídico sufrido por el contratista y el incumplimiento de la obligación imputable a la administración pública.

RÉGIMEN JURÍDICO. En nuestro Derecho Administrativo se presenta una aparente dualidad de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, se trata de una responsabilidad de carácter extracontractual (artículos 85 y 86 del Código Contencioso Administrativo) y otra de naturaleza contractual (artículos 87 del Código Contencioso Administrativo y 50 de la Ley 80 de 1993).

El artículo 50 de la Ley 80 de 1993 es la fuente legal de la responsabilidad contractual, el cual con carácter general prescribe que las entidades responderán

³ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Editorial Legis. Primera Edición. 1999.

por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas.

LA REPARACIÓN. Consiste en procurar a la víctima la satisfacción de su interés, mediante el restablecimiento del equilibrio patrimonial, el cual había sido alterado por la conducta lesiva; se busca garantizar la misma situación económica que tendría la víctima si no se hubiera producido el evento dañoso.

El modo de reparación es el resarcimiento o reparación en dinero, que consiste en reintegrar el interés del acreedor mediante el reconocimiento por parte del deudor de una suma de dinero, equivalente al interés patrimonial que le habría proporcionado la prestación si se hubiera cumplido en los términos previstos.

La reparación o indemnización debe ser integral, es decir, debe ser equivalente a la medida exacta del detrimento patrimonial sufrido por el contratista (daño emergente y lucro cesante); no puede ser inferior a la medida del daño antijurídico (ya que no garantizaría el patrimonio del contratista, ni restablecería la equivalencia económica del contrato), ni tampoco puede ser superior a la medida del daño antijurídico (se le proporcionaría un incremento patrimonial al contratista).

Este resarcimiento debe actualizarse o indexarse al momento del pago efectivo para compensar el fenómeno económico de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

El artículo 1 del Decreto 679 de 1994, señala que la actualización se debe efectuar con base en la aplicación del índice de precios al consumidor durante el periodo de mora de la administración.

Así mismo, la administración está en la obligación de pagar intereses de mora, lo cual fue reconocido por el Consejo de Estado con fundamento en el artículo 884

del Código de Comercio, que regula los intereses de mora en los negocios mercantiles. Es también justificado con el argumento de que los contratos estatales no se rigen exclusivamente por el Derecho Administrativo sino también por el Derecho privado.

La finalidad de los intereses de mora es indemnizar los danos causados al contratista durante el atraso de la administración en el pago, lo cual se obtiene de multiplicar la tasa de interés que corresponda por el periodo de tiempo durante el que se ha prolongado la mora debitoris.

La formula consagrada en la Ley 80 de 1993 regula la tasa del interés moratorio aplicable a las relaciones contractuales de la administración, en el equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. El artículo 1617 del Código Civil fija el interés legal en un seis por ciento (6%) anual, por lo que el interés aplicable en la contratación estatal se calcula con base en una tasa del doce por ciento (12%) anual.

Esta norma es supletoria, es decir, no tiene un carácter imperativo, es aplicable a falta de estipulación de una tasa de interés diferente por las partes; les permite en ejercicio del postulado de la autonomía de la voluntad, pactar un interés moratorio a una tasa superior o inferior al doble del interés legal civil.

La tasa del doce por ciento (12%) se calcula sobre el valor histórico de la obligación debidamente actualizado; esto se hace conforme a la metodología establecida en el artículo 1 del Decreto 679 de 1994, que consiste en aplicar a la suma debida por cada año de mora, el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año anterior, en caso de que se trate de fracciones de año, la actualización se realizara según el periodo de tiempo transcurrido.

La Ley 80 de 1993 establece dos técnicas que se complementan recíprocamente: se debe actualizar la obligación principal, la que se determina con base en el índice de incremento de precios al consumidor por el tiempo en que la administración permaneció en mora; y cancelar los intereses de mora de las sumas actualizadas, los cuales se calculan a la tasa del doce por ciento (12%) anual, correspondiente al doble del interés legal civil.

Para la fijación del momento en que comienza y finaliza la mora de la administración, necesario para el computo de intereses moratorios, se tiene que es el siguiente al vencimiento del plazo o termino perentorio establecido en los pliegos de condiciones o en el contrato para el pago de las cuentas debidamente presentadas y legalizadas por el contratista, sin que este se haya realizado, y se extiende hasta el momento en que la administración realice efectivamente el pago.

Por ultimo, el contratista puede renunciar a los intereses de mora y solicitar el reconocimiento de todos los danos derivados del incumplimiento de la obligación de la administración de pagar una cantidad de dinero. Lo anterior, se aplica por vía de integración normativa, el artículo 1600 del Código Civil, que le concede al acreedor la opción de pedir a su arbitrio la indemnización (o reparación integral) o la pena (intereses moratorios).

Lo anterior, tiene además fundamento en la posición que postula que si la medida real del daño antijurídico sufrido por el contratista es superior a la indemnización correspondiente a la aplicación de la tasa del interés moratorio, este tiene derecho a que se le repare la totalidad del detrimento patrimonial derivado del atraso de la administración en realizar el pago.

3.3.3.3 Indemnización de los Imprevistos Extraordinarios

3.3.3.3.1 Teoría De La Imprevisión

GENERALIDADES. Conocida también como doctrina del riesgo imprevisible, o de la lesión sobreviniente, o de la mayor onerosidad sobrevenida. Tal teoría es una solución que plantea el Derecho Administrativo para asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos y la integridad de los derechos e intereses de su colaborador privado, en un contexto histórico caracterizado por la inestabilidad de las condiciones económicas que rigen la ejecución de los contratos.

Tal teoría hace referencia al derecho que tiene el contratista a obtener de la Administración Pública, el restablecimiento de la equivalencia económica del contrato, cuando el cumplimiento de las prestaciones es excesivamente oneroso, por hechos y circunstancias, extraordinarios, imprevistos y ajenos a las partes, ocurridos con posterioridad a la celebración del contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad.

No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc.

La Teoría de la imprevisión como categoría autónoma, consulta las alteraciones económicas del contrato, sobrevinientes de las propias fuerzas del mercado, derivadas de circunstancias internas o externas, locales, nacionales o internacionales, tales como la guerra, la conmoción interna, etc.

En síntesis, la teoría de la imprevisión es un mecanismo legal a favor del contratista que se ve afectado, cuyo objeto es protegerlo contra los riesgos que son incalculables o que, siendo previsibles, no pueden calcularse los efectos futuros de las circunstancias previstas.

Para fijar la indemnización solo se tienen en cuenta las “perdidas” sufridas por el contratista. Sobre esa base se fija la indemnización. Las “ganancias” dejadas de percibir no se tienen en cuenta a estos efectos; ello es así porque en estos supuestos la indemnización solo tiene carácter de colaboración para que el contratista supere el momento crítico en que se encuentra y pueda entonces seguir cumpliendo el contrato.

A los efectos del resarcimiento solo se consideran las pérdidas o deterioros que excedan o sobrepasen el alea “normal” u “ordinaria”; vale decir, solo son resarcibles las pérdidas o quebrantos “extraordinarios” o “anormales”. Los quebrantos o pérdidas integrantes del alea “normal” quedan a cargo exclusivo del contratista, constituyendo un fondo mínimo no resarcible.

El carácter esencial de la imprevisión que amerita la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, es su temporalidad, su transitoriedad, dado que ella solo se aplica ante las circunstancias externas que gravaron hondamente la carga del contratista. Cesadas estas, resulta improcedente aplicar aquella, puesto que se trata de un remedio excepcional para circunstancias excepcionales.

Pero de persistir aquellas circunstancias, de manera tal que en lugar de transitoriedad pueda predicarse su carácter permanente y definitivo, se admiten doctrinariamente, como soluciones, la celebración de un nuevo contrato que consulte la sobreviniente realidad económica, o proceder a su mutuo disenso.

DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS

- **Con relación al factum principis.** El Hecho del Príncipe opera frente a medidas generales y abstractas que alteran la equivalencia económica del contrato, proferidas por una dependencia del Estado de la misma persona jurídica de Derecho Público que participa en la celebración del contrato. Es un fenómeno atribuible a la Administración pública, el cual le es imputable directamente por el nexo de causalidad material entre el daño antijurídico y la medida general y abstracta.

En tanto que la teoría de la imprevisión se configura ante cualquier clase de acontecimiento extraño a las partes contratantes, que trastornan seriamente la economía del contrato, sean de la naturaleza (terremotos, tempestades eléctricas, erupciones volcánicas, etc.), sociales (paros cívicos), económicos (crisis), políticos (perturbación del orden público).

- **Con relación a las dificultades materiales imprevistas.** Las dificultades materiales imprevistas hacen referencia a los problemas que se presentan en la preparación y perfeccionamiento del contrato, los cuales no pudieron ser previstos por las partes al momento de su celebración.

En la teoría de la imprevisión, las dificultades que trastornan la economía del contrato son también imprevistas e imprevisibles por las partes al momento de su celebración, pero se presentan durante su ejecución.

Debe entenderse por circunstancias imprevisibles, aquellas que las partes no hubieran podido prever de forma razonable; vale decir, aquellas que su posibilidad de existencia era muy remota.

Así mismo, debe entenderse por circunstancias imprevistas, aquellas situaciones que aun cuando fueron posibles de prever, son sus consecuencias respecto del contrato, las que resultan imposibles de determinar al momento de celebrar el mismo.

- **Con relación a la revisión de precios.** La revisión de precios procede por la inflación y la devaluación monetaria, es decir, se aplica ante aleas normalmente previsibles en su ocurrencia futura, pero desconocidos en su incidencia porcentual en el valor del contrato. Es aplicable a cualquier variación que se presente en los costos de los componentes de las obras, servicios o suministros, al margen de su impacto en la equivalencia económica del contrato.

La teoría de la imprevisión se aplica ante aleas extraordinarios que no pueden conocerse por las partes al momento de la celebración del contrato; esta también opera cuando se presenta una ruptura de la equivalencia económica del contrato que supera el alea normal del contratista o torna excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación.

REQUISITOS. Para que se de la teoría de la imprevisión, es necesario que se presenten los siguientes requisitos:

- **Hecho extraordinario e imprevisto.** El fenómeno no pudo ser razonablemente previsto por los contratantes al momento de la formación del negocio jurídico; debe exceder todos los cálculos y previsiones que realizaron las partes al momento de la presentación de la oferta o de la celebración del contrato.
- **Hecho externo a las partes.** El acontecimiento que da lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión debe ser ajeno a la voluntad y a la conducta de las partes contratantes; es así como la teoría de la imprevisión no puede alegarse cuando el hecho sea imputable a la entidad pública contratante, ni tampoco

cuando sea imputable al propio contratista, como ocurre con las pérdidas y detrimentos económicos que este sufre como consecuencia de un manejo indebido del contrato o de una deficiente gestión administrativa, técnica o financiera.

- **Ruptura de la equivalencia económica del contrato.** El fenómeno debe alterar la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar. Se deben afectar las condiciones económicas del contrato en una proporción que torne excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación. Esta ruptura no solo se presenta cuando las circunstancias extraordinarias e imprevistas producen un incremento de los costos que el contratista debe asumir para la construcción de las obras, prestación de los servicios, o la entrega de los suministros, sino también cuando se le impide al contratista obtener las utilidades que pretendía recibir de la ejecución del contrato.
- **Posibilidad de cumplimiento de la prestación.** Los efectos del acontecimiento que provoca el trastorno de la equivalencia económica del contrato, deben ser “transitorios”, de modo que aunque hagan mas oneroso y difícil el cumplimiento de la prestación a cargo del contratista, no imposibiliten su ejecución.
- **Contrato en la fase de ejecución.** El fenómeno extraordinario debe ocurrir durante la fase de ejecución del contrato, es decir, con posterioridad a la celebración o perfeccionamiento y con anterioridad a su terminación.
- **Causalidad adecuada.** Debe existir una relación de causalidad adecuada entre el fenómeno extraordinario y la ruptura de la equivalencia económica del contrato, es decir, el incremento de los costos de los componentes de las obras, servicios, o suministros o la disminución de los beneficios que vuelven excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación, debe ser consecuencia

del fenómeno excepcional que las partes no pudieron prever al momento de formular la oferta o celebrar el contrato.

Vemos pues, como la simple ocurrencia de hechos imprevistos o imprevisibles, no da lugar por si misma a la aplicación de la teoría de la imprevisión, o mejor, no da lugar al pago de la reparación que esta origina. Es esencial que concurren, junto con el acaecimiento del hecho inesperado, una serie de factores, tales como los enunciados anteriormente.

EFFECTOS

- **Naturaleza de orden publico.** El reconocimiento de la indemnización al contratista por parte de la Administración Publica, lo impone el interés público como fin de la contratación estatal. La teoría de la imprevisión tiene una connotación de orden público, por ser un instrumento creado por la ley para asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos; no es susceptible de renuncia o derogación por convenio entre las partes, es inalienable, intransmisible e imprescriptible.

- **Continuidad del contrato.** el contratista no puede suspender o paralizar la construcción de las obras, la explotación de los servicios, o la entrega de los suministros, ante una grave onerosidad sobrevenida como consecuencia de un fenómeno extraordinario e imprevisto; este debe cumplir la prestación que constituye el objeto contractual y luego solicitar el reconocimiento de la indemnización respectiva que permita el restablecimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar. Si el contratista opta por suspender o paralizar la construcción de las obras, la explotación del servicio, o la entrega de los suministros, incurre en un incumplimiento de sus obligaciones, lo cual legitima a la administración publica para ejercer sus potestades sancionatorias.

- **Extensión de la indemnización.** La indemnización o reparación que se le reconozca al contratista debe ser integral y completa, es decir, el monto de la indemnización se debe extender a la totalidad de las pérdidas susceptibles de reducir la remuneración pactada, tanto las que se manifiestan en los mayores costos que debe realizar el particular para el cumplimiento de la prestación (daño emergente), como las que entorpecen la obtención de las utilidades que se esperaban recibir de la ejecución del contrato (lucro cesante).

3.3.3.3.2 Dificultades Materiales Imprevistas

GENERALIDADES. Se puede definir como el derecho que tiene el contratista al restablecimiento de la equivalencia económica del contrato, por la existencia de fenómenos naturales que suponen una mayor dificultad y onerosidad en el cumplimiento de la prestación; implican unos mayores costos que debe asumir el contratista para el desarrollo de las actividades contratadas. La causa de las dificultades materiales imprevistas se encuentra especialmente en fenómenos ocultos de la naturaleza o en complicaciones del terreno.

El fenómeno que ocasiona la imprevisión es un acontecimiento extraordinario, el que no es normal que se verifique y en que las partes no pueden haber pensado porque esta fuera de su imaginación, por lo que al carácter extraordinario del acontecimiento debe ligarse además su imprevisibilidad. De manera que así se trate de extrema onerosidad la producida por un fenómeno anormal, mientras no se acredite la imprevisibilidad no habrá derecho a compensación alguna.

Pero la teoría en estudio, no encubre la responsabilidad de la administración pública por una indebida preparación técnica del contrato. Es así como, si durante la construcción de la obras o la prestación de los servicios, se presentan dificultades que encarecen el presupuesto inicialmente previsto, imputables a la administración pública, por una elaboración irregular de los estudios y documentos

técnicos del contrato, el contratista no podrá reclamar el restablecimiento de la equivalencia económica del contrato con base en la teoría de las dificultades materiales imprevistas, sino que deberá solicitar la indemnización del daño antijurídico con fundamento en el instituto de la responsabilidad civil.

Si se presentan dificultades materiales imprevistas, el contratista no estará exonerado de la obligación de cumplir el contrato, salvo que se torne imposible su cumplimiento. Por lo anterior, el contratista tiene el derecho al mantenimiento de la equivalencia económica del contrato, mediante el reconocimiento de una indemnización integral de los mayores costos y de la disminución de las utilidades que sufra como consecuencia de la aparición de dificultades no previstas en la ejecución del proyecto.

RÉGIMEN JURÍDICO. Esta teoría esta consagrada en el artículo 2060 numeral 2 del Código Civil, con fundamento en la remisión normativa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que establece que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley.

CARACTERÍSTICAS

- Es una situación económica o de la naturaleza, pero no un alea administrativa
- Es una situación excepcional y no ordinaria
- Es una situación que afecta la ejecución del contrato de manera transitoria, no tiene el carácter de permanencia en el tiempo
- Es una situación que agrava la onerosidad de las prestaciones con cargo a una parte
- No impide o imposibilita la ejecución física del contrato, sino que lo hace más gravosa. Por lo tanto, el contratista no esta legitimado para suspender la ejecución del contrato

- Es una situación no prevista
- Es una situación no contemplada por el contrato
- Es una situación extraña a las partes, pues no tiene relación con ellas
- Es indispensable que no se haya suspendido la ejecución de la prestación a cargo del contratista
- Es un fenómeno surgido o conocido, cuando se trata de una condición geológica, después de suscrito el contrato.

3.3.3.3 Fuerza Mayor y Caso Fortuito. El equilibrio económico de los contratos también puede verse afectado por hechos de fuerza mayor y caso fortuito; aunque ninguno de estos sea imputable a las partes, se debe tener presente que la doctrina colombiana y la jurisprudencia no los reconocen plenamente como tales y se han manejado más bien bajo la figura de la exoneración de responsabilidades o de extinción de los términos del contrato.

- **FUERZA MAYOR.** Se entiende por fuerza mayor aquellos actos atribuibles a la voluntad humana, ajenos totalmente a la voluntad de las partes, imprevisibles e irresistibles, que impiden la realización de las obligaciones contraídas por las partes o el aplazamiento de las mismas.

Según lo establecido por la legislación colombiana y la jurisprudencia, no proceden al restablecimiento económico del contrato los hechos derivados de la fuerza mayor, por lo que cada quien debe asumir los daños o perjuicios que se deriven del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Pero dadas las condiciones socioculturales y coyunturales que vive nuestro país, se debe entrar a analizar un poco más a fondo lo relacionado con los actos de violencia.

En todo caso cuando se presenta una causa de fuerza mayor, el efecto que esta produce sobre el contratista, es la suspensión del plazo y un posterior aumento en el plazo contractual, lo que puede implicar para el contratista una mayor actividad

para recuperar los tiempos y así poder ejecutar las obras en el tiempo previsto; lo que se le esta reconociendo no es lo que perdió como consecuencia de la fuerza mayor, sino todo aquello que tuvo que asumir para poderse recuperar de las consecuencias que le trajeron los hechos constitutivos de la fuerza mayor, en otras palabras, lo que el contratante reconoce son los costos de la mayor permanencia en que incurra el contratista para ejecutar completamente el contrato y de esta manera restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato.

El concepto de fuerza mayor es relativo, por cuanto que un evento puede ser imprevisible para una persona pero no irresistible y viceversa, con lo cual se concluye que únicamente el acontecimiento que reúna las características de imprevisible e irresistible, es fuerza mayor.

Es así que para que se de la fuerza mayor se requieren los siguientes elementos:

- La imprevisibilidad del hecho
- La irresistibilidad del hecho
- La ausencia de culpa de quien la sufre

La Imprevisibilidad. Hace referencia a que las partes al momento de la celebración del contrato, no pudieron prever la ocurrencia del acontecimiento que da origen a la fuerza mayor.

La Irresistibilidad. Consiste en que quien alega la fuerza mayor en su favor no podía evitar su ocurrencia. Se trata de un fenómeno que fatalmente afecta la ejecución del contrato, pues aunque el contratista trato por todos los medios a su alcance de evitarlo, no pudo lograrlo, caso en el cual el hecho era irresistible para el.

La Ausencia de Culpa de Quien la Sufre. La fuerza mayor solo tiene aplicación cuando esta ausente en su ocurrencia la culpa del deudor en cualquiera de sus grados.

CASO FORTUITO. Se entiende por caso fortuito aquellos hechos ajenos a la voluntad y propios de la naturaleza, imprevisibles e incontrolables, que aplazan o exoneran del cumplimiento de las obligaciones, a las partes.

Dentro de la legislación colombiana el juez es quien determina y evalúa las características en cuanto a que sea imprevisible, imprevisto e irresistible.

De lo que se trata entonces es de establecer cuales son los sobrecostos en que incurre el contratista por acción del caso fortuito, no en cuanto a los danos causados por este, sino en cuanto a las actividades no contractuales que el contratista tenga que desarrollar para establecer las condiciones normales de ejecución del contrato y que afectan el equilibrio económico del mismo.

3.3.4 Mecanismos de Restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero del Contrato. Antes de entrar a analizar cuales son los mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico de un contrato, es necesario que la entidad contratante verifique que la causa de rompimiento de equilibrio alegada, efectivamente si se presente y cumpla con los requisitos necesarios; se debe asegurar además que este desequilibrio no es producto de un error en la preparación de la propuesta del contratista y que además no sea una circunstancia para que el contratista trate de obtener ventajas de la ejecución del contrato.

Así mismo, la administración debe verificar que haya existido el hecho o acto que haga más onerosa la ejecución del contrato para el contratista, y que no se haya

podido prever en el momento de presentación de la oferta o celebración del contrato.

3.3.4.1 La Revisión de Precios

Generalidades. Esta técnica es una fórmula para mantener la equivalencia económica del contrato ante las variaciones permanentes que se presentan en los costos de los componentes que integran las obras, como consecuencia del proceso inflacionario de la economía.

Para cumplir con los fines de la administración pública, resulta más viable reconocer al contratista el derecho a reclamar por el incremento de los costos de sus servicios, que dejarlo a la deriva, caso en el cual el contratista podría incumplir con las obligaciones a su cargo (no porque este legalmente facultado para hacerlo, sino por la imposibilidad de ejecutar el objeto del contrato hasta su culminación), o cumplirlas de manera defectuosa con materiales de mala calidad y/o personal no especializado, como consecuencia de la ausencia de recursos para emplear. Esto resulta más gravoso para el Estado que acceder a restablecer el equilibrio del contrato, porque representa un detrimento para el interés público, y en una grave afectación a la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado.

Para la revisión de precios se tiene en cuenta el valor de los componentes o factores determinantes del precio del contrato (mano de obra, materiales y equipos) a la fecha de presentación de la oferta, con el objeto de incorporar los incrementos que estos hayan tenido hasta el momento de inversión en obra, o hasta el pago de las actas de obra ejecutadas.

Resulta apenas obvio que si las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento de proponer (etapa precontractual, la cual va desde la

apertura de la licitación o invitación a contratar) no sufren modificaciones o alteraciones durante el desarrollo (etapa de ejecución del contrato, que comprende desde la notificación de la adjudicación del proceso contractual hasta el vencimiento del termino previsto para el desarrollo del objeto), no existe razón legal para adoptar el mecanismo de la revisión y actualización de precios.

La diferencia con la indexación, es que en esta se toma en consideración el valor del dinero a la fecha de presentación de la oferta, o de la celebración del contrato, con el objeto de aplicarle una formula que permita determinar el valor real al momento del pago. El objeto de la indexación no es restablecer la equivalencia económica del contrato, sino actualizar el precio, en pos de conservar el poder adquisitivo de la moneda.

Para mantener incólume el valor de la remuneración pactada en el contrato, se debe acudir a la formula de revisión de precios y no a la indexación o actualización monetaria, ya que con esta se alteraría necesariamente la ecuación económica inicial, porque algunos costos de los componentes de la obra, fluctuarían diferente al incremento de precios al consumidor que refleja el comportamiento de la inflación en un sector de la economía.

Alcance. El contrato de obra publica se caracteriza por tener un precio cierto, siendo este un elemento esencial para determinar su objeto; necesario tanto, para delimitar los derechos y obligaciones de las partes como para cumplir las formalidades previas que impone la ley para la formalización y ejecución del contrato, como son la reserva y la imputación presupuestal.

Es así como la intangibilidad de la remuneración se traduce en el derecho del contratista a recibir el precio pactado en el contrato así como los reajustes de precios, que permitan compensar el incremento de los costos que se presentan

durante la ejecución del contrato como consecuencia de la inflación y la devaluación de la moneda.

Una de las formas para determinar la igualdad financiera en un contrato de obra, es incluir en los contratos, formulas poli nómicas que permiten realizar un cálculo matemático, lo más preciso y acertado posible, para determinar la incidencia que las variaciones de los diversos componentes básicos de la obra tengan en los precios reales de la misma.

Las llamadas formulas de reajuste de precios o formulas poli nómicas, proporcionan el valor debidamente ajustado que la administración publica debe reconocerle al contratista por las obras ejecutadas en cada periodo de tiempo, para lo cual, se multiplica el valor que tengan estas obras de acuerdo a los precios unitarios estipulados en el contrato, por la relación de los índices de precios de los componentes básicos de la obra, a la fecha de presentación de la oferta y a la fecha de su aplicación.

El objetivo de las formulas de reajuste no es otro que el de preservar en el tiempo, la equivalencia de las mutuas prestaciones a lo largo de la ejecución y desarrollo del contrato, de manera que el contratista ante el acontecimiento de circunstancias ajenas y externas a las partes, sobrevinientes a la celebración del contrato, perciba en todo caso la remuneración pactada.

Las formulas de reajuste constituyen el mejor antídoto contra la inflación de costos y de precios. Las formulas procuran remediar las condiciones variables e imprevisibles de la economía y la consecuente afectación de esos fenómenos en el contrato.

La revisión o el ajuste no opera sobre el precio global o estimado del contrato porque este es, apenas, una mera prospección, sino sobre los precios unitarios

asignados a los diversos ítems o componentes que integran la obra, servicio o suministro de que se trate, en tanto y en cuanto el ajuste no haya quedado cubierto por la aplicación de índices vigentes cuando se hicieron pagos anticipados y a medida que el contrato vaya siendo ejecutado. De allí las formulas poli nómicas que se utilicen deban “cubrir la totalidad de los mayores costos de los componentes que integran las obras, servicios o suministros, o por lo menos, de los mas representativos, con el objeto de que tengan la virtualidad adecuada para restablecer la equivalencia económica del contrato” y, principalmente, que deban incorporar aquellos índices “que permitan reconocer al contratista el detrimento patrimonial que pueda sufrir entre el momento en que debió cumplir la prestación conforme al cronograma de obra o de ejecución del contrato y el momento en que la entidad publica proceda al pago o abono de los trabajos”.

Las formulas de reajuste de precios se entienden incluidas dentro del contrato. Poseen el carácter de normas de imperativo cumplimiento, por lo que no pueden ser renunciadas por las partes y el contratista debe solicitar el reconocimiento de los ajustes inmediatamente se verifique el incremento de los costos de los factores determinantes del precio.

Para la confección de las formulas se utilizan los índices que suministran entidades como el DANE, el Banco de la Republica, Camacol, a los cuales se acogen las partes desde el surgimiento de la obligación contractual para reajustar los precios pactados en el contrato, índices que reflejan la variación en los componentes que se utilizan en la ejecución del contrato. En algunas ocasiones, la formula se elabora con base en la variación de índices de materiales de poca utilización en el contrato o que nunca se utilizan, con lo cual el reajuste de precios responde al interés que se tuvo al estructurarla, cual era el mantenimiento inmutable del precio durante la ejecución del contrato, lo que conduce a la reclamación del contratista y que debe ser atendida para no afectar el equilibrio de la ecuación financiera.

La cláusula de revisión de precios acordada por las partes en el contrato, no son susceptibles de modificación durante la ejecución del mismo; no obstante, cuando con posterioridad a la celebración del contrato se presentan circunstancias extraordinarias e imprevistas que alteran la realidad económica que sirvieron de base para la fijación de los índices de referencia y coeficientes que conforman las formulas poli nómicas, si es posible la corrección del contenido de la cláusula de revisión de precios acordada por las partes.

Evolución en el Derecho Colombiano. Se incorpora en el año 1964 en el marco de una economía caracterizada por una gran inestabilidad del sector externo, que se inicio con los trastornos derivados de la devaluación de 1962. Es así como, en el artículo 11 de la Ley 4 de 1964, se consagra la teoría de la revisión de precios circunscrita a los contratos de obra pública a precio alzado o precios unitarios, por las variaciones que se presentaran en cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos.

Posteriormente fue perfeccionada en los Decretos 1518 de 1965, 150 de 1976 y 222 de 1983, hasta llegar a la Ley 80 de 1993. En este último estatuto se presenta la figura del ajuste de precios para toda clase de contratos estatales y no solo para el contrato de obra pública, atribuyéndole un carácter imperativo.

REQUISITOS. Se aplica por el acaecimiento de aleas previsibles como la inflación y la devaluación de la moneda, lo que no permite cuantificar exactamente el impacto porcentual que tendrá en el valor de los factores determinantes del precio.

Así mismo, procede por la variación de los costos de los componentes que integran las obras, servicios o suministros; es aplicable obligatoriamente cuando se presente cualquier aumento o disminución de los índices que reflejan el comportamiento de los costos.

EFFECTOS

- El contratista no puede suspender ni paralizar la construcción de las obras, la explotación de los servicios, o la entrega de los suministros, ante el incremento de los costos de los componentes, so pena de incurrir en un incumplimiento del contrato, ya que tiene un especial deber de colaboración para asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos, mediante la optima ejecución de las obligaciones a su cargo. La administración publica esta en la obligación de reconocerle los mayores costos que deba asumir en la ejecución del contrato para restablecer la equivalencia económica y asegurar el cumplimiento del contrato.
- Si el contratista se encuentra en mora de sus obligaciones, no podrá alegar la revisión de precios por una variación de los costos de los factores determinantes del precio; el incumplimiento del contratista es una causa que exonera a la administración publica de reconocer los reajustes correspondientes al periodo de tiempo en que el contratista incurrió en un atraso injustificado en el cumplimiento de la prestación, solo se reconocerán los reajustes correspondientes al periodo de tiempo comprendido entre el momento de presentación de la propuesta o celebración del contrato, y la fecha en que debió cumplir el cronograma de obras.
- La reparación que se le reconozca al contratista por los mayores costos que deba asumir, debe ser integral.
- Los índices a utilizar en las formulas poli nómicas deben reconocer al contratista el detrimento patrimonial que pueda sufrir entre el momento en que debió cumplir la prestación y el momento en que la entidad publica procede al pago de los trabajos; en caso de no ser así, se estaría obligando al contratista a asumir el detrimento patrimonial derivado de la devaluación monetaria.

En nuestra práctica contractual administrativa es muy usado que las revisiones de precios se realicen con el índice de ajustes correspondiente al mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada. Lo anterior, de acuerdo al Decreto 222 de 1983, lo cual a pesar de su derogatoria es de corriente aplicación.

Contrario a lo anterior, es imperativo dar aplicación al artículo 4 de la Ley 80 de 1993, en el cual se expresa que se debe utilizar el índice de ajustes de la fecha de ejecución de obras para el cálculo del valor de la revisión de precios, y posteriormente, se calculara el interés moratorio con base en una tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

No se puede en ningún caso, calcular el ajuste de precios con el índice del mes anterior al pago de las cuentas, y simultáneamente liquidar el interés moratorio, ya que se estaría reconociendo una doble reparación al contratista por un mismo concepto.

3.3.4.2 Modificaciones a las Condiciones del Contrato. Existen situaciones en las cuales el rompimiento del equilibrio económico del contrato no alcanza a generar necesariamente la revisión de precios o el que se deba replantear la fórmula de reajuste, o reconocer cierta cantidad de dinero al contratista. Hay situaciones en las que el equilibrio se puede restablecer a través de las modificaciones de las condiciones del contrato.

Diremos entonces que las modificaciones de las condiciones del contrato son aquellas de ejecución que no necesariamente consisten en pagos de dinero o modificaciones de precios para el contratista, sino en la forma como este debe ejecutar el contrato, en las obligaciones que asume frente a la administración, o en colocar obligaciones para la administración que esta antes no tenía, lo que conlleva a que el contrato se equilibre en sus prestaciones.

3.3.4.3 Pago de Indemnizaciones. El pago de indemnizaciones al contratista esta asociado al restablecimiento del equilibrio económico del contrato por causas imputables a la administración, por lo tanto la indemnización se entiende como una compensación en dinero que trata de resarcir los perjuicios causados al contratista

- **INTERESES MORATORIOS.** El pago a destiempo de la obligación de la entidad atinente al reconocimiento del valor del contrato, produce perjuicios que se traducen en el reconocimiento en intereses moratorios. La tasa moratoria será la estipulada por las partes en el contrato, observándose los límites legales que establecen el ordenamiento mercantil o el civil, según el caso.

En caso de no pactar dicha cláusula, da lugar a aplicar la tasa supletiva que la normatividad regula, según el inciso segundo del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, la cual corresponde al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. O sea que la tasa moratoria que el estatuto contempla esta compuesta por dos conceptos, el uno el 12% anual que es el doble del civil, y el otro por la tasa de inflación que certifique el DANE.

Sobre esta materia existe además la Ley 598 de 2000, la cual determina en el párrafo del artículo 6 “Para evitar la distorsión de precios por el incumplimiento en los pagos, las entidades del Estado reconocerán un interés equivalente al DTF, transcurrido 90 días de la fecha establecida para los pagos”.

Esta norma aunque es de conocimiento de los Tribunales de Arbitramento, no ha sido aplicada por los mismos en sus fallos, por considerar que al otorgar 90 días de gracia para la entidad, se esta patrocinando desde la misma ley el incumplimiento. Por lo que se ha preferido dar aplicación a los postulados de la Ley 80 de 1993.

Desde la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en la contratación estatal la tasa del interés de mora aplicable, a falta de estipulación por las partes de una tasa de interés diferente, es la que establece el ord. 8º del art. 4 -el doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado-, liquidado de acuerdo con las pautas señaladas por el Art. 1º del decreto 679 de 1994. Sistema que la ley adecuó a la institución de la responsabilidad contractual para ofrecerle al contratista una indemnización por el daño sufrido y restablecer la equivalencia económica del contrato, dejando de lado la aplicación de las tasas comerciales establecidas por el art. 884 del Código de Comercio.

Este modo de liquidación de los intereses que estableció la ley de contratación estatal sigue un lineamiento similar al de las obligaciones mercantiles, el cual se desprende de la actualización del capital que la norma incluye. De ahí que si la administración incumple con la obligación principal del contrato – pagar oportunamente el valor convenido- debe reconocer los perjuicios moratorios que causó con su incumplimiento, esto es, los intereses moratorios, a la tasa que pactaron las partes o a falta de pacto, la que la ley suple, los cuales se presumen.

La ley 80 de 1993 establece que primero se debe actualizar el valor de la obligación principal, consistente en el pago de la suma de dinero o del capital, que se determina con base en el índice de precios al consumidor por el lapso que la administración permaneció en mora, para posteriormente calcular los intereses a la tasa del 12% anual, que corresponde al doble del interés legal civil (ord. 8º, art. 4) que se calcula sobre el valor histórico de la obligación debidamente actualizado, para lo cual esta última se determina conforme a la metodología establecida en el artículo 1º del Decreto 679 de 1994, que consiste en aplicar a la suma debida por cada año de mora el incremento de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior, o por fracción de año en caso de que no haya transcurrido un año completo.

Para determinar el monto de los intereses moratorios, se procede de la siguiente manera:

La entidad pública demandada es condenada a pagar determinada suma de dinero, sea por concepto de mayor cantidad de obras, o por la mayor permanencia en la obra; La cantidad que resulte de la suma de estos montos será actualizada año por año o fracción de año, hasta la fecha de la sentencia, tomando en cuenta los índices de precios al consumidor acumulados IPC., certificados por el DANE y, sobre el monto actualizado, año por año, se liquidará el doble del interés legal civil, es decir, el 12 anual, a título de intereses moratorios de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 1 del Decreto 679 de 1994.

Dentro de los perjuicios que puede reclamar el acreedor al deudor por el incumplimiento de una obligación dineraria, se tiene: El acreedor insatisfecho está legitimado para demandar judicialmente la indemnización por el incumplimiento del deudor, cuando tal incumplimiento le irroque daño y pueda probarlo. El deudor por su parte, está obligado a indemnizar los perjuicios reclamados de acuerdo a la naturaleza de los mismos y la vinculación causal de su incumplimiento con el daño experimentado por el acreedor.

Cuando la administración pública incumple sus obligaciones, es responsable de los perjuicios que cause al contratista que si cumplió con las suyas, con fundamento en el art. 50 de la ley 80 de 1993 según el cual “las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas”, eventos en los que “deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”.

De ahí que en materia de responsabilidad contractual de la administración pública, el contratista tiene derecho a que la administración le indemnice la totalidad de los daños derivados del incumplimiento contractual, tanto los que se manifiestan como una disminución patrimonial (daño emergente), como los que se traducen en la privación de las utilidades o ganancias que esperaba percibir por la imposibilidad de ejecutar total o parcialmente el proyecto (lucro cesante).

Cuál es la indemnización que la administración debe al contratista cuando incumple con el pago total o parcial del valor del contrato o retarda el mismo? Cuando se deben sumas de dinero o se retarda su pago, los intereses de mora a cargo del deudor tienen como finalidad indemnizar los perjuicios causados al acreedor, cualquiera sea el origen de la obligación. Como quiera que se ha dicho que los perjuicios causados a un contratista con el incumplimiento de la administración en el pago del valor del contrato, se indemnizan con la actualización del capital debido a título de daño emergente y con el reconocimiento de intereses desde el momento en que nació la obligación de pago hasta que éste se satisfaga (lucro cesante), es procedente hacer las siguientes precisiones con el fin de ubicar tales conceptos de daño en el incumplimiento de obligaciones dinerarias:

De acuerdo con el origen de la obligación, sea esta civil o comercial, la indemnización de perjuicios por la vía del reconocimiento de los respectivos intereses moratorios tienen su fuente en los artículos 1617 del Código Civil y 884 del Código de Comercio, respectivamente. Y, en el art. 4, ordinal 8º de la ley 80 de 1993, para las que tienen como fuente un contrato estatal, norma que resulta aplicable cuando las partes guardan silencio sobre este aspecto.

El reconocimiento de intereses moratorios en las obligaciones mercantiles, de acuerdo con los artículos 65 de la ley 45 de 1990 y 884 del C. de Co, los cuales son perfectamente posibles de aplicar en las obligaciones derivadas de un

contrato estatal si así lo convienen las partes, corresponden a la liquidación integral de los perjuicios causados al acreedor, ya que tal como lo tiene definido la jurisprudencia de acuerdo con las normas que los regulan, no concurren la liquidación de intereses comerciales simples o de mora con la corrección monetaria o indexación, en tanto dichas tasas llevan en su seno la corrección monetaria o el componente inflacionario de la depreciación del dinero.

En este orden de ideas, cuando se trata de intereses legales de carácter mercantil, la tasa certificada por la Superintendencia Bancaria “incluye por principio el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero”. Dichas tasas habrán de aplicarse cuando no “se especifique por convenio el interés”. “Dado que el interés tiene como frontera inquebrantable la tasa de usura, esta limitación viene a confirmar la regla relativa a la incompatibilidad de los intereses legales comerciales con una indexación complementaria, pues el reconocimiento de ésta a la par con aquellos, se traduciría de algún modo, en un desbordamiento de tales réditos, lo que colocaría al acreedor en situación de infringir la ley penal, sin perjuicio de los conocidos efectos patrimoniales previstos en el ordenamiento jurídico.”

3.3.5 Como y Cuando se puede Efectuar el Restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero del Contrato. Para analizar la posibilidad de efectuar el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato se debe evaluar la situación bajo dos aspectos que son el cuando y el como

EL CUANDO, se debe entender que es desde el momento en que se haya presentado el rompimiento del equilibrio económico financiero del contrato hasta el acto de liquidación del mismo. Si en el acta de liquidación el contratista expresa su consentimiento de quedar a paz y salvo con la administración, este no tiene derecho luego a formular reclamación alguna, salvo si demuestra algún error o inconsistencia en el acta de liquidación. Pero si por el contrario, el contratista

manifiesta la solicitud de reconocimiento sobre algunas cosas pendientes asociadas al rompimiento del equilibrio económico del contrato, este podrá llegar a una conciliación prejudicial con la administración para efectos de que se le restablezca el equilibrio contractual, y si por la vía administrativa no se logra el acuerdo, se acudirá a la vía jurisdiccional.

EL COMO, esta asociado a la manera de efectuarse el restablecimiento del equilibrio económico financiero durante la ejecución del contrato y antes de su liquidación. Si se establece un nuevo valor para el contrato, la forma es legalizarlo mediante un contrato adicional, siempre y cuando se hayan constituido claramente las causas del rompimiento del equilibrio.

El mecanismo mas común y mas ágil, además del contrato adicional, para restablecer el equilibrio económico financiero, son las actas de acuerdo entre las partes o actas de modificación bilateral, ya que son mecanismos para modificar las cantidades de obra, cambio de especificaciones o condiciones de ejecución, siempre y cuando estas no impliquen un cambio sustancial del contrato principal, ya que de lo contrario se debe efectuar un otrosi al contrato. Otro mecanismo es el acta de transacción. Si por cualquier motivo no se pueden emplear ninguno de estos mecanismos y se presenta una solicitud de reconocimiento o indemnización, lo mejor es que las partes lleguen a una conciliación prejudicial.

Como ya se planteo anteriormente, si no se aduce el rompimiento del equilibrio económico financiero en el acta de liquidación, pero en esta tampoco se consigno que el contratista se declaraba a paz y salvo con la administración por todo concepto, podrá el contratista acudir a la negociación prejudicial por la vía administrativa, y si no a la solución por la vía jurisdiccional del contencioso administrativo. Se debe tener especial cuidado, ya que una vez constituida y firmada el acta de liquidación y declarado el paz y salvo por parte del contratista con la administración, y luego se pretende demandar este acto administrativo, el

juez de lo contencioso administrativo declarara que no hay lugar a reconocimiento alguno ya que el contratista así lo manifestó en dicha acta; caso contrario si el contratista controvierte el acta de liquidación y demuestra el rompimiento el equilibrio económico financiero y su monto; en este caso se le pagara la indemnización respectiva y se procederá a la firma del acta de liquidación.

3.3.6 Factores que Afectan el Equilibrio Económico Financiero de las Prestaciones. El proponente en la preparación de la propuesta debe preparar los precios que deben incluir no solo los costos directos e indirectos por su contraprestación, sino además la utilidad, que es el móvil directo de su compromiso con el Estado para colaborarle en la ejecución de la obra o en la prestación del servicio. Esos precios deben reflejar la remuneración que se obtendrá durante la ejecución del contrato, teniendo en cuenta el momento de la iniciación, la época de su ejecución, etc., y por ello serán precios fijos o variables, y en este último caso, proponer la formula de reajuste que permitirá la vigencia constante de los mismos.

Pero el proponente debe ir mas allá, no le debe bastar simplemente con conocer a que se obliga con la Administración, ni que recibe como contraprestación por sus obligaciones, debe conocer cuando se ejecutara la obligación y que tiempo se demorara en hacerlo, para poder prever en sus precios los efectos de la inflación en ese mismo periodo, que no sean subsumidos por las formulas de reajuste. También deberá saber cuando se efectuara el pago y en que moneda se hará el mismo. Igualmente es necesario saber si recibirá algún anticipo para la ejecución del contrato que le permita hacer las erogaciones iniciales, o si por el contrario, le toca financiar provisionalmente el valor total o parcial de la obra, servicio o suministro a contratar.

Por lo anterior, podemos apreciar que el precio esta sometido a dos condiciones:

- El tiempo de su vigencia
- El medio de pago que se utilizara

3.3.6.1 El Tiempo. El precio establecido en la propuesta rige la ejecución del contrato durante una época o periodo determinado, por lo cual dicho precio variara si la obligación se cumple en un periodo posterior, o antes de lo previsto. Si no se cumple el tiempo previsto para la vigencia de los precios, se produce una alteración del precio que obliga a su revisión, para hacer su modificación a las circunstancias de ejecución de la obligación y reajustarlo con los nuevos costos que se presentan, independientemente de la existencia de las formulas de reajuste, ya que estas son diseñadas solo para la vigencia del contrato para mantener el valor del dinero, pero no lo defiende de la devaluación o de la inflación, ni cubre los mayores costos, la mayor permanencia en obra, la menor utilización de los equipos, los nuevos costos de mano de obra en el tiempo excedido, la administración, etc.

Si el factor tiempo falla, la ecuación financiera se desequilibra, se afecta la igualdad de las prestaciones y se impone su restablecimiento mediante el reconocimiento y pago de los nuevos costos o revisando los valores que se tuvieron en cuenta para el señalamiento de los precios ofrecidos.

Para la actualización de los precios no basta solamente con la aplicación de la formula de reajuste, sino que también depende de la vigencia de los índices a aplicar. Es así como para la actualización se tiene en cuenta el índice al momento en que se haga el pago y no el que existía al momento de ejecución de la obra.

3.3.6.2 El Medio de Pago. En cuanto a los medios de pago, se debe saber el tipo de moneda en el cual se hará el pago, lo cual permite manejar, atendiendo las normas de cambio, el precio a ofrecer. También se debe conocer si además

dichos precios estarán sometidos a la aplicación de formulas de reajuste que permitan conservar su valor.

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

3.4 LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

3.4.1 Alcance. A través del tiempo el país ha venido evolucionando en materia de reglamentación en lo concerniente al proceder de la contratación pública, es por eso que cada vez se ha tratado de mejorar, en donde uno de sus fines primordiales es evitar el surgimiento o por lo menos brindar las herramientas necesarias para el manejo de las controversias contractuales.

Es así como del Decreto 150 de 1976 se paso al Decreto 222 de 1983, en cuanto a reglamentación para la contratación administrativa se refiere, hasta llegar al nuevo estatuto contractual o Ley 80 de 1993, en donde se presupone un Estado moderno y ágil, que es capaz de aproximarse en materia de contratación publica y en términos del derecho administrativo a los manejos contractuales que se presentan entre los particulares, con buen uso del derecho privado.

Vemos como en el Decreto 150 de 1976 se perdió la oportunidad de clarificar lo relacionado con las controversias contractuales y en el Decreto 222 de 1983, se presento un limbo en cuanto que este llevo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo concerniente con las discrepancias entre las partes en lo relacionado con los contratos administrativos, mientras que lo referente a los contratos privados del estado lo trato en el Código Civil, creando así una ambigüedad para dar solución a tales controversias; debemos anotar que el nuevo

estatuto contractual o sea la Ley 80 de 1993, supera estas diferencias en la medida que es contundente cuando unifica el criterio del Decreto 222 de 1983 y determina que el estado solo puede efectuar un tipo de contratación denominada contratación administrativa, lo que lleva tales efectos al plano del derecho administrativo.

Es así como la Ley 80 de 1993, en su título VIII, artículos 68 y siguientes, previo el régimen de la solución de las controversias contractuales, advirtiendo que las entidades destinatarias del Estatuto y los contratistas, buscaran solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas. Para tal efecto, acudirán al empleo de los mecanismos previstos en ella y a la conciliación, a la amigable composición, la transacción, el arbitramento. Lógicamente, en el manejo del contrato están los poderes de auto tutela de la Entidad que le permitirán en un momento dado, hacer la interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato, la declaratoria de incumplimiento, o de la caducidad, la imposición de multas, etc., para que el objeto contractual se cumpla y evitar la parálisis del contrato y el consecuente perjuicio para la comunidad.

Para tal fin, el artículo 69 imprimió carácter imperativo a la utilización de tales medios alternativos, al advertir que las autoridades no podrán prohibir o restringir las estipulaciones de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos.

No obstante, debe tenerse en cuenta que este régimen general se encuentra exceptuado por lo dispuesto en la Ley 418 de 1997, cuyo artículo 90 faculta al gobierno para declarar la caducidad o decretar la liquidación unilateral de todo contrato celebrado por una entidad pública, cuando medien las circunstancias allí señaladas, sin que la aplicación de esta cláusula pueda ser sometida, en ningún caso, a conciliación o decisión arbitral.

Derivado de este hecho, el nuevo estatuto contractual, en su artículo 75, también define sustancialmente la competencia a un único juez de lo contencioso administrativo, para que luego de agotados los mecanismos de solución directa, este dirima los conflictos que del proceso contractual se derivan. Se exceptúan: las materias relativas a prestación de servicios públicos domiciliarios, cuando no se ejercen las cláusulas excepcionales; el régimen jurídico de las universidades; el régimen jurídico de las entidades y actividades a las cuales no se extiendan las disposiciones de la Ley 80 de 1993; y todo lo relativo a cobros por créditos originados en relaciones diversas al contrato estatal, cuya satisfacción ha de procurarse por la jurisdicción coactiva.

Lo anterior significa entonces que en adelante todos los contratos celebrados por la administración pública, se regirán por las normas del estatuto general de contratación pública y bajo el análisis jurisprudencial de la jurisdicción contenciosa administrativa.

3.4.2 Controversias que pueden Surgir en un Contrato. Las controversias que pueden aparecer cuando se establecen las obligaciones contractuales nacidas del acuerdo de voluntades entre las partes dentro de la contratación estatal, podrían suscribirse a las siguientes:

- Controversias derivadas de la interpretación del contrato
- Controversias surgidas durante el proceso de contratación
- Controversias surgidas durante la ejecución del contrato
- Controversias originadas por el desequilibrio económico del contrato
- Controversias con motivo de la terminación del contrato

Analicemos ahora cada uno de estos factores, los cuales posibilitan el surgimiento de la controversia contractual, para tratar de establecer que es lo más conveniente

en cuanto a su solución se refiere, de acuerdo con los objetivos del presente trabajo

3.4.2.1 Controversias Derivadas de la Interpretación del Contrato. La manera mas practica de interpretar un contrato es que las partes se reúnan y conversen sobre la forma de interpretar una o varias cláusulas.

Si no llegan a un acuerdo podrán acudir según lo indica al artículo 68 de la Ley 80 de 1993 "...al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción".

Es por esto que la redacción del contrato es fundamental en el sano desarrollo de la relación contractual, ya que este plasma el acuerdo de voluntades mediante el hecho de la autodeterminación entre las partes, por lo tanto, un contrato claramente redactado no debe dar lugar a conflictos de interpretación; sin embargo, por muy claro que este quede consignado, persiste el hecho de la interpretación personal y subjetiva de las partes, presentándose así una serie de divergencias de opinión, dando paso al surgimiento de la controversia contractual

Se observa que este tipo de controversias tiene fácil solución, dependiendo de que tanta voluntad exista entre las partes, ya que la forma mas practica de dirimir tales controversias son el dialogo directo entre los comprometidos contractualmente, para determinar una sola interpretación a los puntos del contrato en discusión, logrando así restablecer el acuerdo de voluntades allí expreso, para lo cual bastara simplemente con levantar un acta en donde se consignen las aclaraciones y conclusiones sobre los puntos del contrato discutidos y acordados, con lo que las obligaciones contractuales se seguirán cumpliendo sin ninguna dificultad y con una mayor claridad.

3.4.2.2 Controversias Surgidas Durante el Proceso de Contratación

- Deficiencias en los estudios y diseños
- Deficiencias en los pliegos de condiciones
- Incumplimientos en los términos y plazos de adjudicación
- Problemas de transparencia en la adjudicación
- Deficiencias en los componentes de la obra objeto del contrato

3.4.2.3 Controversias Surgidas Durante la Ejecución del Contrato. A diario observamos que los contratos se redactan con especial cuidado, tratando de anticipar la realidad que se puede presentar durante el desarrollo del mismo. Viene luego la etapa de cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato y surgen entonces los conflictos o controversias contractuales.

Es así como a la luz de la Ley 80 de 1993, se determinan soluciones iniciales a tales controversias, agotando alternativas de la vía gubernativa tales como los procesos de la conciliación, la transacción, la amigable composición, la cláusula compromisoria y el compromiso. Consideramos pertinente transcribir lo que la ley prescribe sobre tales mecanismos.

“VIII. De la solución de las controversias contractuales

Artículo 68o. De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo 2º. Del presente estatuto y los contratistas buscaran 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.

Parágrafo. Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada.

Artículo 69o. De la improcedencia de prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa. Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales.

Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal.

Artículo 70o. De la cláusula 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 arbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

Los árbitros podrán ampliar el termino de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.

En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio publico, podrá pactarse que

las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.

Artículo 71o. 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 señalaran la materia objeto del arbitramento, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo.

Artículo 72o. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1. Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.
2. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

3. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.
4. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido mas de lo pedido.
5. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

El trámite y los efectos del recurso se regirán por las disposiciones vigentes sobre la materia.

Artículo 73o. De la colaboración de las asociaciones de profesionales y de las Cámaras de Comercio. Podrá pactarse acudir a los centros de conciliación y arbitramento institucional de las asociaciones profesionales, gremiales y de las cámaras de comercio para que diriman las controversias surgidas del contrato.

Artículo 74o. Del arbitramento o pericia técnicos. Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva.

Artículo 75o. Del juez competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.

Parágrafo 1o. Una vez practicadas las pruebas dentro del proceso, el juez citara a demandantes y demandados para que concurran personalmente o por medio de

apoderado a audiencia de conciliación. Dicha audiencia se sujetara a las reglas previstas en el Artículo 101 del Código de Procedimiento Civil y se procurara que se adelante por intermedio de personas diferentes de aquellas que intervinieron en la producción de los actos o en las situaciones que provocaron las discrepancias.

Parágrafo 2o. En caso de condena en procesos originados en controversias contractuales, el juez, si encuentra la existencia de temeridad en la posición no conciliatoria de alguna de las partes, condenara a la misma o a los servidores públicos que intervinieron en las correspondientes conversaciones, a cancelar multas a favor del Tesoro Nacional de cinco (5) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales.

Parágrafo 3o. En los procesos derivados de controversias de naturaleza contractual se condenara en costas a cualquiera de las partes, siempre que se encuentre que se presento la conducta del parágrafo anterior”.

Vemos entonces como el estatuto contractual consagro estos artículos en los cuales determina los mecanismos ágiles, sencillos y claros que orientan a que las partes involucradas en el proceso de contratación, solucionen directamente las controversias no litigiosas y las discrepancias surgidas de la actividad contractual, evitando en lo posible, acudir a las vías jurisdiccionales del contencioso administrativo.

Lo anterior, nos lleva a considerar a la contratación estatal como cualquier otra actividad humana la cual puede verse sometida a conflictos y controversias; las cuales nacen generalmente de la diferencia de opiniones que sobre un asunto tienen las partes, ya sea porque interpretan de manera diferente una o varias cláusulas del contrato o porque esta mal definido y mal relacionado el objeto que se busca con el acuerdo de voluntades.

De acuerdo a lo anterior, tenemos:

Atribuibles a la PARTE CONTRATANTE:

- Incumplimiento de las condiciones pactadas
- Deficiencias de los pliegos de contratación
- Deficiencias de los planos suministrados
- Cambio de especificaciones de obra
- Presupuestos mal elaborados ò incongruentes
- Carencia y/o deficiencia de estudios ambientales previos al contrato
- Carencia y/o deficiencia de permisos y licencias necesarios
- Diferencias en cantidades de obra
- Ajustes de precios globales o unitarios
- Precios unitarios no previstos
- Problemas prediales y/o en entrega de zonas involucradas
- Incumplimientos en condiciones pactadas para inicio de obra
- Retraso en pagos de obra
- Descoordinación interinstitucional
- Desequilibrio económico
- Mayor permanencia en obra

Atribuibles a la PARTE CONTRATISTA:

- Incumplimiento en legalización del contrato y sus garantías
- Incumplimiento en la ejecución del programa de obra
- Incumplimiento en los plazos de ejecución de obra
- Insuficiencias en la calidad de los materiales y recursos utilizados
- Invasiones del espacio público
- Deficiencias constructivas
- Daños a terceros con motivo de la ejecución de obra

- Aplicación indebida de los recursos económicos
- Mayor permanencia en obra

3.4.2.4 Controversias Originadas por el Desequilibrio Económico del Contrato. Las controversias contractuales pueden tener origen en el evento en que el contratista estima que de acuerdo con el compromiso contractual, se ha presentado una ostensible variación de la ecuación contractual en perjuicio de sus intereses.

Puede presentarse el caso en el que las partes no son capaces de establecer un acuerdo de interpretación en forma directa, entonces la Ley 80 de 1993 en su artículo 68, establece mecanismos adicionales que pueden ser utilizados por las partes en aras del buen entendimiento, tales como la conciliación, la amigable composición y la transacción.

3.4.2.5 Controversias con Motivo de la Terminación del Contrato

- Aplicación de causales de terminación del contrato
- Reclamaciones económicas de cualquier naturaleza
- Liquidación unilateral del contrato
- Estabilidad de la obra
- Agrietamientos, humedades, daños estructurales, terminados
- Perjuicios a terceros derivados directa o indirectamente del contrato)

3.4.3 Solución de las Controversias Contractuales. Los conflictos pueden ser sometidos antes de acudir ante la Jurisdicción Contenciosa en ejercicio de la acción contractual, a los siguientes mecanismos de solución amigable que permite la ley, teniendo en cuenta que para facilitar su ocurrencia, la entidad estatal podrá revocar los actos administrativos contractuales, en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído una sentencia ejecutoriada.

Teniendo como definición de conflicto “Es toda diferencia surgida entre las partes contratantes, originada en la celebración, ejecución, interpretación ò liquidación de un contrato, derivada de las condiciones contractuales ò de la ocurrencia de factores internos y/o externos al mismo que afectan o inciden en su desarrollo o en el de la obra, construcción ò consultoría respectiva”.

La solución de las controversias contractuales se definirá de acuerdo con las características del conflicto, las partes involucradas, la naturaleza de la reclamación, los intereses económicos objeto de diferencia y el régimen jurídico aplicable.

3.4.3.1 Mecanismos de Solución Directa. Este mecanismo se ejercita cuando se acude por medio de un recurso, ante la misma administración con quien se celebrou el contrato. En la vía gubernativa solo se tiene el recurso de reposición, es decir, el que se ejerce ante el mismo funcionario para que este revise su decisión. Es procedente también el recurso de revocatoria directa, mediante el cual la entidad contratante en cualquier tiempo, tendrá el derecho de revocar sus decisiones cuando estas sean nulas.

Sin duda una de las principales manifestaciones del postulado de autonomía de la voluntad que la Ley 80 de 1993 recoge, es el llamado que la ley hace a las partes para que, en caso de presentarse un conflicto, solucionen sus controversias directamente. Con tal fin autoriza a las entidades a suscribir acuerdos que solucionen la controversia (artículo 27 Ley 80 de 1993), privilegiando con ello el arreglo directo de las partes sin necesidad de emplear otros mecanismos, sin duda ágiles también, pero que implican el agotamiento de un proceso y con ello de un mayor tiempo en la solución del conflicto. Tan es clara la intención del legislador de la solución ágil, que ante el fracaso de las conversaciones y las soluciones directas entre las partes, dota a las entidades de otros mecanismos expeditos, si se compara con la solución judicial, tales como la conciliación prejudicial, la

transacción, la amigable composición. En cuanto al termino de duración del conflicto, es infinitamente menor al empleado en la jurisdicción contencioso administrativa; puede también incluirse como mecanismo ágil de solución, el arbitramento, bien sea a través de la cláusula compromisoria y el compromiso.

3.4.3.2 Arbitramento. La Constitución Política de Colombia prevé el arbitramento como una forma en que los particulares pueden administrar justicia en forma transitoria. Es un sistema de solución de conflictos generado por una cláusula compromisoria previamente establecida o por voluntaria convergencia de las partes en conflicto, al momento de este presentarse.

El inciso primero del artículo 111 de la Ley 446 de 1998, define el arbitraje de la siguiente manera: “El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”.

Los árbitros son jueces elegidos por las partes o por un tercero, quienes son particulares que imparten justicia y son revestidos temporalmente de facultades públicas. La decisión que en ella se tome, recibe el nombre de laudo arbitral y se asimila a una sentencia. El laudo tiene el carácter de obligatorio para las partes. Las modalidades del arbitramento son en derecho, conciencia o técnico y sus clases son independiente, institucional o legal.

Por lo general los árbitros serán tres, salvo que las partes acuerden acudir a uno solo. Además, si intervienen personas extranjeras, se permite que el tribunal de arbitramento lo designe un organismo internacional. En cuanto a su designación, requerimientos, constitución y funcionamiento, existe una remisión a las normas vigentes sobre la materia, salvo que el mismo estatuto contenga alguna disposición especial al respecto (art.70, Ley 80 de 1993).

El arbitramento puede ser de tres clases: en derecho, en conciencia y técnico (artículo 1 del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 96 de la Ley 23 de 1991). Cualquiera de ellas puede ser objeto de arbitramento en el contrato estatal.

Es de aclarar que los tribunales de arbitramento no se pueden pronunciar sobre la legalidad de los actos administrativos ni sobre las consecuencias económicas que la entidad contratante expida con motivo de la celebración o ejecución del contrato; esto debido a que no se trata de un asunto susceptible de transacción y las normas relativas al arbitramento, restringen su competencia a aquellos temas que son de libre discusión por las partes.

Vemos como no se puede transigir la legalidad de un acto administrativo, ya que este juicio involucra el orden público y la soberanía del estado en el ejercicio de la potestad estatal. Por lo tanto, el juicio sobre la legalidad de un acto administrativo es competencia absoluta de la jurisdicción contenciosa administrativa. El máximo tribunal de lo contencioso administrativo refuerza su tesis apoyándose en el artículo 77 inciso 2 de la Ley 80 de 1993, el cual consagra que “los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual solo serán susceptibles del recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

Así mismo, el Consejo de Estado concluye que la legalidad del acto administrativo solo se puede ejercer ante la jurisdicción contencioso administrativa: “en conclusión, de conformidad con el actual estatuto de contratación estatal, Ley 80 de 1993, los actos administrativos que se produzcan en ejercicio de la actividad contractual, solo pueden ser impugnados judicialmente ante su juez natural, esto es, ante el juez de lo contencioso administrativo”.

En el campo administrativo ha existido alguna resistencia a la utilización de este mecanismo para la solución de las controversias contractuales, a pesar de que el

Decreto 150 de 1976, artículo 66, facultaba a la Nación para estipular la cláusula compromisoria con el objeto de someter a la decisión de árbitros nacionales, las diferencias que se susciten en relación con el contrato, previsión que con la misma limitante se trajo en el artículo 76 del Decreto 222 de 1983. De hecho, las entidades preferían estipular en sus estatutos de contratación, antes de la Ley 80 de 1993, la prohibición de someterlos a la decisión de árbitros, conducta que fue expresamente prohibida por el artículo 69 de esta ley.

3.4.3.3 Amigable Composición. Mediante este mecanismo regulado en los artículos 49 y siguientes del Decreto 2279 de 1989, las partes pueden someter sus controversias cuando ellas sean susceptibles de transacción, a la decisión de amigables componedores, quienes por tal virtud deciden con fuerza vinculante para las partes, el Estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial, durante un termino breve que no supera los treinta días.

Los componedores no ejercen jurisdicción, sus funciones se limitan a idear formulas de acercamiento entre las partes, que los conduzcan a una transacción y que estas se obligan a acatar, concluyendo en una solución amistosa de la controversia, donde la composición se difiere a terceras personas con facultades para comprometerlas. Lo anterior, permite afirmar que la amigable composición es simplemente un mecanismo para llegar a la transacción, en el cual la decisión se delega en terceras personas.

Esta definido legalmente en el artículo 130 de la Ley 446 de 1998, así: "La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o mas 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".

El nombramiento del amigable componedor, lo realizan las partes directamente, o mediante la delegación de su nombramiento en un tercero, que puede ser una persona natural o jurídica, como por ejemplo una Cámara de Comercio.

Los amigables componedores, no tienen requisitos previamente establecidos en la ley, no se les exigen calidades o habilidades determinadas, solamente conocimientos del tema; ellos son quienes toman las decisiones y resuelven el conflicto.

3.4.3.4 Mediación. Interviene un tercero que acerca a las partes para que ellas mismas lleguen a la solución. Es decir, ese tercero carece de la capacidad de decidir el conflicto, deben hacerlo las partes mismas con la dirección que aquel les brinde. El acuerdo al cual se llega mediante este mecanismo, no tiene efectos jurídicos por si mismo; si las partes quieren darle ese efecto, deben formalizarlo ante una notaria o un centro de conciliación. Por lo tanto, representa el más sencillo y directo de los instrumentos alternativos, ya que se trata de buenos oficios con que un tercero ilustra y enriquece las posibilidades de llegar a un acuerdo ante desavenencias de partes encontradas.

El hecho de que no produzca efectos con vinculación jurídica no significa que, una vez convenido y ejecutado lo concertado, pueda haber lugar a desconocer la eficacia jurídica para dirimir este asunto; en efecto, debe hacerse la misma salvedad de que no se trata de arreglos carentes de fuerza jurídica.

3.4.3.5 Conciliación. Es un acuerdo para solucionar conflictos con la intervención de un tercero imparcial al que se denomina conciliador, quien actúa porque así lo han decidido las partes o porque la ley así lo ordena; este propone soluciones pero no las impone por la fuerza. Se llega al acuerdo que debe ser aprobado por el conciliador y obliga a las partes a cumplirlo, pues tiene efecto de cosa juzgada y presta merito ejecutivo.

La conciliación solo puede cobijar asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y donde la ley expresamente así lo determine.

La audiencia de conciliación siempre termina con la suscripción de un acta, la cual será el reflejo de lo acontecido en ella; las hipótesis que se pueden dar son: que las partes lleguen a un acuerdo, que las partes no lleguen a un acuerdo y que alguna de las partes no asista a la audiencia injustificadamente.

La audiencia de conciliación tiene el carácter de reservada, por lo tanto quienes intervienen en ella tienen una especie de reserva profesional; a la conciliación se puede acudir con o sin apoderado.

La conciliación se clasifica en judicial y extrajudicial.

La conciliación judicial es la que se desarrolla dentro de un proceso y va a ser el juez quien actúa como conciliador.

La conciliación extrajudicial, es la que se realiza por fuera de un proceso judicial y se clasifica en institucional, administrativa y en equidad.

La conciliación institucional es la que se realiza en los centros de conciliación autorizados. La conciliación será administrativa cuando se realice ante autoridades administrativas en cumplimiento de sus funciones conciliatorias y la conciliación será en equidad cuando la realicen conciliadores en equidad.

3.4.3.6 Transacción. La transacción es un contrato bilateral mediante el cual las partes sin la intervención de nadie (salvo asesores legales, contables, etc.), pueden en el ámbito extrajudicial, precaver un proceso judicial o arbitral, o si este ya se hubiere iniciado, darlo por terminado, siempre y cuando no se haya dictado sentencia de primera instancia o laudo arbitral, y en caso de ya haberse dictado,

se pueden transigir únicamente los efectos de estos y no las causas que motivaron la sentencia judicial o arbitral.

Su importancia radica en que constituye uno de los eventos en los cuales la solución directa de la controversia, se hace por las partes en conflicto, mediante la renuncia mutua de derechos, pero con un beneficio recíproco en las aceptaciones que quedan para cada una de las partes.

Como todo contrato, la transacción, o mejor, el contrato de transacción, debe cumplir los requisitos propios de todo contrato, tales como recaer sobre materia transigible, capacidad en el contrato, causa lícita, consentimiento libre de vicios, (error, fuerza, dolo). Este contrato tiene tres efectos, la cosa juzgada, prestar mérito ejecutivo y solo surte efecto entre las partes.

Los efectos de cosa juzgada y prestar mérito ejecutivo, lo tiene no solamente en razón de que la ley así lo diga, sino porque cumplen exactamente los requisitos que trae el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 332 y 488, por lo tanto, si se realiza un acuerdo transaccional donde no se cumplan los requisitos, por muy expreso mandato legal, no se podrá afirmar que hace tránsito a cosa juzgada o que presta mérito ejecutivo

3.5 ANÁLISIS TÉCNICO DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES MÁS COMUNES EN EL MEDIO

El presente capítulo trata de plantear mediante el desarrollo de unos ejemplos académicos, los mecanismos técnicos para el estudio, análisis y valoración de algunas controversias contractuales surgidas durante el desarrollo de un contrato de obra pública.

Para proporcionar un mayor entendimiento del tema tratado a lo largo de este trabajo, y como un aporte técnico, desarrollamos a continuación algunos casos típicos de reclamación.

3.5.1 La Mayor Permanencia en Obra

3.5.1.1 Generalidades. La mayor permanencia en obra puede definirse como un fenómeno que responde al cambio del factor en la ejecución del contrato. Por hechos no imputables al contratista y en la inmensa mayoría por el desconocimiento oficial de obligaciones y deberes, especialmente surgidos durante la fase preparatoria y de planeación, el objeto del contrato no se realiza en el tiempo estipulado sino en uno mayor.

Es importante señalar que el concepto de la mayor permanencia en obra no se relaciona con los valores y costos de los materiales de obra ni de los diseños, puesto que para estos existen teorías como las de revisión, actualización o reajuste de precios. La mayor permanencia en obra tiene que ver con la incidencia del factor tiempo en los costos de la obra. El valor de la oferta que establece el proponente, tiene una relación directa con el tiempo estimado de ejecución. Si por causas no atribuibles al contratista, ese tiempo se ve aumentado, las consecuencias económicas deben ser asumidas por la entidad contratante.

Una vez ocurrido el fenómeno de la mayor permanencia en obra, el contratista tendrá el derecho a que la entidad pública contratante le reembolse los perjuicios que se le han ocasionado. Esta compensación se hace a través de la determinación del valor diario que para el contratista le cuesta administrar el contrato, según los valores y porcentajes asignados en la propuesta; ese valor es multiplicado por el número de días que corresponda a la aludida prolongación del tiempo o por el que estuvo paralizado el contrato, según el caso.

Esta reclamación se origina cuando por causas no imputables al contratista, la administración mediante un acto administrativo unilateral o bilateral, toma la decisión de efectuar una modificación en el plazo contractual para la ejecución de la obra, lo que implica una ampliación de dicho plazo. Esta modificación hace que el contratista incurra en una mayor permanencia, que puede llegar a afectar el equilibrio económico y financiero del contrato en términos de las proyecciones de inversión bajo las cuales el contratista sustentó su propuesta original para ejecutar la obra.

El contratista solicitará a la entidad contratante, le sean reconocidos los mayores costos en que puede llegar a incurrir por efectos de mantener la administración, la mano de obra, y el equipo durante un período mayor al inicialmente presupuestado para la ejecución de la obra y que de alguna manera podrán influir sobre las expectativas de utilidad.

Se debe analizar cuales son realmente las incidencias en términos de costos, por la mayor permanencia, ya que no siempre que se configure una mayor permanencia, necesariamente se afectará el equilibrio económico financiero del contrato.

3.5.1.2 Metodología para el Análisis de la Mayor Permanencia. Es importante anotar que los efectos económicos sobre el equilibrio del contrato, se deben analizar sobre los rubros de administración, mano de obra, equipos y herramientas, dispuestos por el contratista para ejecutar la obra contratada. Es así como se tiene lo siguiente:

- se deben separar los costos totales en costos indirectos y costos directos; los costos indirectos serán los asociados al A.I.U. (Administración, imprevistos y utilidad), y los costos directos son los asociados a Materiales, Mano de Obra, Equipos y Herramientas, tal como se observa en los análisis de precios unitarios

establecidos por el contratista para determinar el valor total de la propuesta económica con la que se ejecutará la obra. .

- Una vez establecidos estos costos, se determinan los porcentajes de incidencia de los costos de equipo y herramientas y de mano de obra, sobre el valor de los costos directos totales, para así calcular el costo del equilibrio de estos rubros, los cuales divididos por el plazo, arrojan el costo diario del equilibrio.

- Cuantificar la relación y costo del equipo y herramienta y de la mano de obra, realmente utilizado durante la ejecución de los trabajos, confrontando con el costo real de equilibrio diario durante la ejecución del contrato; una vez obtenidos estos datos, se procede a establecer los valores de desfase sufridos por el contratista en la mayor permanencia.

Para ilustrar este caso, plantearemos el siguiente ejercicio académico:

Ejemplo:

- Información contractual general

OBJETO:	CONSTRUCCIÓN OBRAS DE URBANISMO Y ESTABILIZACIÓN EN LA CALLE 113C Y 116 POR LA CARRERA 34 ^a . BARRIO POTERITO DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN
VALOR ORIGINAL DEL CONTRATO:	1.000.000.000
VALOR OBRA ADICIONAL	100.000.000
VALOR OBRA EXTRA	100.000.000
VALOR FINAL DEL CONTRATO:	1.200.000.000
VALOR REAJUSTES	250.000.000
PLAZO INICIAL:	400 DÍAS
PLAZO ADICIONAL:	200 DÍAS

- análisis de los costos directos e indirectos

VALOR ORIGINAL DEL CONTRATO:	1.000.000.000
A.I.U.	25%
ADMINISTRACIÓN	12%
IMPREVISTOS	5%
UTILIDADES	8%
Costos directos	$\frac{\text{valor original del contrato}}{1 + \text{A.I.U.}}$
	$\frac{1.000.000.000}{1.25}$
Costos directos	800.000.000
Costos indirectos	Costos directos x A.I.U.
	$800.000.000 \times 0.25$
Costos indirectos	200.000.000

- Discriminación del A.I.U

Valor administración	Costo directo x 12% $800.000.000 \times 0.12$ 96.000.000
Valor imprevistos	Costo directo x 5% $800.000.000 \times 0.05$ 40.000.000
Valor utilidad	Costo directo x 8% $800.000.000 \times 0.08$ 64.000.000

- Determinación de los porcentajes de incidencia de equipo y herramienta y de mano de obra sobre los costos directos.

Supongamos que para nuestro ejemplo, los valores obtenidos de los análisis de precios unitarios, son los siguientes:

Valor total de los materiales	590.000.000
Valor total mano de obra	200.000.000
Valor total equipo y herramienta	10.000.000

Cabe anotar que la herramienta es considerada como un porcentaje de la mano de obra, generalmente estimado en un 5%.

Porcentaje de incidencia de la mano de obra = $\frac{\text{valor total mano de obra} \times 100}{\text{costos directos}}$

$$\frac{200.000.000 \times 100}{800.000.000}$$

25.0%

Porcentaje de incidencia de equipo y herramienta = $\frac{\text{valor total equipo y herramienta} \times 100}{\text{costos directos}}$

$$\frac{10.000.000 \times 100}{800.000.000}$$

1.25%

- Posteriormente se procede con los siguientes cálculos:

Sobrecostos por mano de obra

Costo diario de equilibrio

Costo diario de equilibrio = $\frac{\text{valor total mano de obra}}{\text{Plazo inicial}}$

$$\text{Costo diario de equilibrio} = \frac{200.000.000}{400} = 500.000$$

Costo diario de equilibrio = 500.000 / día

Costo de equilibrio por mayor permanencia (la mayor permanencia se origina sobre un plazo total de 600 días)

Costo de equilibrio por mayor permanencia = 500.000 x 600

Costo de equilibrio por mayor permanencia = 300.000.000

Valor total facturado = 1.100.000.000

Este valor no incluye lo facturado por obra extra, ya que estas presentan un valor actualizado de precios y no inciden en sobrecostos por la mayor permanencia en obra.

Valor costos directos facturados = $\frac{1.100.000.000}{1.25} = 880.000.000$

Costo de mano de obra, según el porcentaje de incidencia calculado (25%)

Costo de mano de obra = 880.000.000 x 25%

Costo de mano de obra = 220.000.000

Sobrecosto a reconocer según el porcentaje de incidencia

Sobrecosto = 300.000.000 – 220.000.000 = 80.000.000

Lo anterior indica que los sobrecostos en que incurre el contratista por la mayor permanencia en obra, corresponden a \$ 80.000.000, a valores originales de la propuesta, los cuales deben ser actualizados a valor presente mediante el ajuste que se planteara al final del ejercicio.

TABLA RESUMEN PARA EL ANÁLISIS DE MANO DE OBRA

Costo diario de equilibrio (según propuesta)	\$ 500.000
Tiempo real de permanencia	600 días
Costo de equilibrio por mayor permanencia	\$ 300.000.000
Valor total facturado (sin incluir obra extra)	\$ 1.100.000.000
Valor costos directos facturados	\$ 880.000.000
Porcentaje de incidencia de mano de obra por mayor permanencia	25%
Costo de mano de obra por mayor permanencia según porcentaje de incidencia	\$ 220.000.000
Sobrecosto a reconocer por mayor permanencia	\$ 80.000.000

- Sobrecosto por equipo y herramienta

Costo diario de equilibrio

Costo diario de equilibrio = $\frac{\text{valor total equipo y herramienta}}{\text{Plazo inicial}}$

Costo diario de equilibrio = $\frac{10.000.000}{400} = 25.000$

Costo diario de equilibrio = 25.000 / día

Costo de equilibrio por mayor permanencia

Costo de equilibrio por mayor permanencia = 25.000 x 600

Costo de equilibrio por mayor permanencia = 15.000.000

Valor total facturado = 1.100.000.000

Valor costos directos facturados = $\frac{1.100.000.000}{1.25} = 880.000.000$

Costo de equipo y herramienta, según el porcentaje de incidencia calculado (1.25%)

Costo de equipo y herramienta = 880.000.000 x 1.25%

Costo de equipo y herramienta = 11.000.000

Sobrecosto a reconocer según el porcentaje de incidencia

Sobrecosto = 15.000.000 – 11.000.000 = 4.000.000

TABLA RESUMEN PARA EL ANÁLISIS DE EQUIPO Y HERRAMIENTA

Costo diario de equilibrio (según propuesta)	\$ 25.000
Tiempo real de permanencia	600 días
Costo de equilibrio por mayor permanencia	\$ 15.000.000
Valor total facturado (sin incluir obra extra)	\$ 1.100.000.000
Valor costos directos facturados	\$ 880.000.000
Porcentaje de incidencia de equipo y herramienta por mayor permanencia	1.25%
Costo de equipo y herramienta por mayor permanencia según porcentaje de incidencia	\$ 11.000.000
Sobrecosto a reconocer por mayor permanencia	\$ 4.000.000

- Sobrecostos por administración

Para analizar los sobrecostos de administración en que posiblemente incurrió el contratista por la mayor permanencia, se deben retomar los costos directos ya calculados y el porcentaje de incidencia correspondiente a la administración.

- Porcentaje de incidencia de la administración = 12%

- Costo diario de equilibrio

Costo diario de equilibrio = $\frac{\text{costo de administración}}{\text{Plazo inicial}}$

Costo diario de equilibrio = $\frac{96.000.000}{400} = 240.000$

Costo diario de equilibrio = 240.000 / día

- Costo de equilibrio por mayor permanencia

Costo de equilibrio por mayor permanencia = 240.000 x 600

Costo de equilibrio por mayor permanencia = 144.000.000

- Valor total facturado = 1.100.000.000

Valor costos directos facturados = $\frac{1.100.000.000}{1.25} = 880.000.000$

- Costo de administración, según el porcentaje de incidencia calculado (12.0%)

Costo de administración = 880.000.000 x 12.0%

Costo de administración = 105.600.000

- Sobrecosto a reconocer según el porcentaje de incidencia

Sobrecosto = 144.000.000 – 105.600.000 = 38.400.000

- análisis de la utilidad

Para determinar si hay lugar a un reconocimiento sobre las expectativas de utilidad asociadas a la mayor permanencia, se debe proceder con el siguiente análisis:

Valor original del contrato	1.000.000.000
Costos directos	800.000.000
Utilidad proyectada	64.000.000
Valor total facturado	1.100.000.000
Costos directos facturados	880.000.000
Utilidad obtenida (8%)	70.400.000

El valor de \$ 70.400.000, correspondiente a la utilidad obtenida por las obras ejecutadas, demuestra que el contratista esta por encima del punto de equilibrio durante el ejercicio de la actividad, por lo tanto no hay lugar a reconocimiento alguno sobre las expectativas de utilidad.

- Actualización de los costos

Hasta el momento todo el análisis de sobrecostos a reconocer al contratista por la mayor permanencia en obra, han sido calculados a valores originales del contrato, por lo tanto dichos valores deben ser actualizados a valor presente, utilizando la formula de reajuste para el periodo contractual, es decir para determinar la actualización de precios hasta la fecha de vencimiento del contrato y posteriormente actualizar este valor utilizando un promedio del IPC. (Índice de precios al consumidor)

RESUMEN DE VALORES A RECONOCER

Valor de reconocimiento asociado a la mano de obra	80.000.000
Valor de reconocimiento asociado a equipo y herramienta	4.000.000
Valor de reconocimiento asociado a la administración	38.400.000
Valor total a reconocer	122.400.000

- Actualización de la formula de reajuste

Para nuestro ejemplo utilizaremos un índice de reajuste definitivo de 1.421822, es así como se tiene:

Valor presente a reconocer hasta la fecha de vencimiento del contrato:

$$1.421822 \times 122.400.000 = 174.031.013$$

Posteriormente este valor debe ser actualizado hasta la fecha de reconocimiento, es decir, desde la fecha de vencimiento del contrato hasta la fecha en que se soluciona la controversia contractual, utilizando un promedio del IPC., el cual se calcula de la siguiente forma:

Supongamos que el contrato se venció en el mes de abril del año 2000 y el tiempo de la reclamación corresponde a siete meses; para calcular el promedio del IPC., tomaremos los valores entre mayo de 2000 y mayo de 2001.

ANO	MES	IPC.
2000	Mayo	1.66
2000	Junio	1.21
2000	Julio	0.78
2000	Agosto	0.64
2000	Septiembre	0.84
2000	Octubre	0.89
2000	Noviembre	0.79
2000	Diciembre	0.92
2001	Enero	2.52
2001	Febrero	4.01
2001	Marzo	2.11
2001	Abril	1.989
2001	Mayo	1.55

IPC. Promedio = $\frac{19.81}{13} = 1.524\%$

13

El IPC. Promedio se multiplica por los siete meses que duro el llegar a un acuerdo definitivo, obteniéndose así un factor multiplicador para la actualización de precios.

Factor multiplicador = $1.524 \times 7 = 10.67\%$

Luego el valor definitivo a reconocer será calculado de la siguiente forma:

$1.1067 \times 174.031.013 = 192.600.122$

Valor definitivo a reconocer = 192.600.122

RESUMEN DE VALORES A RECONOCER

Valor de reconocimiento por contrato inicial	122.400.000
Valor de reajuste, según fórmula	51.631.013
Valor de actualización del tiempo no contractual, según IPC.	18.569.109
Valor presente total de reconocimiento por mayor permanencia en obra	192.600.122

CONCLUSIONES

1. La mayor permanencia en obra se origina por una ampliación del plazo contractual, imputable a la administración. Por lo tanto, la administración debe tomar las acciones pertinentes antes de suscribir el contrato, para evitar que por causas imputables a ella, se origine la mayor permanencia del contratista.
2. La mayor permanencia en obra no siempre implica reconocimiento de sobre costos, ya que los resultados del análisis técnico dependen de las particularidades de cada contrato.
3. La no planeación de las obras generan mayor permanencia, la cual siempre será onerosa, bien sea para la entidad contratante cuando debe cubrir los sobre costos al contratista, o para el contratista, cuando este debe asumir una sanción pecuniaria por el incumplimiento en el plazo contractual.
4. Cuando la mayor permanencia en la obra se produce por causas no imputables al contratista, procede, en principio, el reajuste de los precios, con el objeto de

reparar los perjuicios derivados del transcurso del tiempo, en consideración a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Lo anterior no obsta para que el contratista demuestre la existencia de perjuicios adicionales, no cubiertos con el pago de mayores cantidades de obra u obras adicionales, ni con el reajuste de precios.

5. Cuando la mayor permanencia de la obra se produce por la necesidad de ejecutar ítems de obra adicional o mayores cantidades de la obra contratada, es procedente incrementar el valor del contrato. Para ello es necesario cuantificar el valor de la obra adicional, incorporando en el precio el porcentaje correspondiente a los costos, imprevistos y utilidad. Tratándose de la mayor cantidad de obra, se toma el valor unitario ofrecido originalmente, que debe comprender esos mismos componentes (AIU) y se multiplica por el número de unidades de obra ejecutadas en exceso. De esta manera se está pagando al contratista los costos en que incurrió por ese incremento en la ejecución de la obra contratada, dentro de los cuales se entienden comprendidos los relativos a los equipos, personal, materiales etc., que utilizó para cubrir esa obligación negocial.

3.5.2 La Menor Facturación. Este tipo de reclamación es consignada por el contratista ante la entidad contratante; se origina cuando las partes suscriben un contrato de obra bajo unas expectativas iniciales físicas y de inversión, y por causas imputables a la entidad contratante, no se ejecuta la totalidad de la inversión presupuestada, bien sea por error en la determinación de las cantidades de obra o bien, porque parte de las obras contratadas ya estaban ejecutadas o no pueden ser ejecutadas.

En este caso, se produce un rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, por lo que se debe proceder con el análisis técnico para determinar la indemnización que se debe reconocer al contratista.

Para ilustrar este caso, plantearemos el siguiente ejercicio académico:

Ejemplo:

a) Información contractual general

OBJETO:	CONSTRUCCIÓN OBRAS DE URBANISMO Y ESTABILIZACIÓN EN LA CALLE 113C Y 116 POR LA CARRERA 34 ^a . BARRIO POTERITO DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN
VALOR ORIGINAL DEL CONTRATO:	1.000.000.000
VALOR FINAL DEL CONTRATO	750.000.000
VALOR OBRA EXTRA	30.000.000
VALOR TOTAL	780.000.000
VALOR REAJUSTES	100.000.000
PLAZO ORIGINAL:	300 DÍAS
PLAZO REAL:	300 DÍAS

b) análisis de los costos directos e indirectos

Para efectos prácticos, asumiremos las condiciones del ejemplo anterior, es decir:

VALOR ORIGINAL DEL CONTRATO:	1.000.000.000
A.I.U	25%
ADMINISTRACIÓN	12%
IMPREVISTOS	5%
UTILIDADES	8%
Costos directos	$\frac{\text{valor original del contrato}}{1 + \text{A.I.U.}}$
	$\frac{1.000.000.000}{1.25}$

Costos directos	800.000.000
Costos indirectos	Costos directos x A.I.U.
	800.000.000 X 0.25
Costos indirectos	200.000.000

c) Discriminación del A.I.U

Valor administración	Costo directo x 12% 800.000.000 x 0.12 96.000.000
Valor imprevistos	Costo directo x 5% 800.000.000 x 0.05 40.000.000
Valor utilidad	Costo directo x 8% 800.000.000 x 0.08 64.000.000

d) Posteriormente se procede con los siguientes cálculos:

- Costos por administración no recuperados

$$CANR = CAP - CAR$$

Donde,

CANR = costos por administración no recuperados

CAP = costos por administración de la propuesta

CAR = costos por administración recuperados

Entonces,

$$CAP = 96.000.000$$

$$CAR = \frac{750.000.000}{1.25} \times 12\%$$

$$CAR = 72.000.000$$

$$\text{CANR} = 96.000.000 - 72.000.000$$

$$\text{CANR} = 24.000.000$$

- análisis de la utilidad no percibida

$$\text{UNR} = \text{UP} - \text{UR}$$

Donde,

UNR = utilidad no recuperada

UP = utilidad estimada en la propuesta

UR = utilidad recuperada

Entonces,

$$\text{UP} = 64.000.000$$

$$\text{UR} = \frac{750.000.000}{1.25} \times 8\%$$

$$1.25$$

$$\text{UR} = 48.000.000$$

$$\text{UNR} = 64.000.000 - 48.000.000$$

$$\text{UNR} = 16.000.000$$

- Costos asociados a la subutilización del equipo

Al presentarse una menor ejecución de obra, se genera una subutilización del equipo, lo cual representa unos costos a reconocer, los cuales se determinan de la siguiente manera:

Determinar el porcentaje de obra ejecutado durante el plazo contractual, con lo que se obtiene el grado de operación del equipo durante el plazo, obteniendo así el grado de subutilización de dicho equipo.

Se calcula de la siguiente manera:

$$\% \text{ obra ejecutada} = \frac{\text{inversión ejecutada}}{\text{Inversión presupuestada}}$$

$$\% \text{ obra ejecutada} = \frac{750.000.000}{1.000.000.000}$$

$$\% \text{ obra ejecutada} = 75\%$$

Lo anterior significa que el equipo tuvo un grado de operación del 75% y un grado de subutilización del 25%.

Según el análisis efectuado en el ejemplo anterior, el porcentaje de incidencia de equipo y herramienta es del 1.25%.

Por lo tanto, el valor del equipo según la propuesta será:

$$\text{Valor del equipo} = \text{costos directos} \times \% \text{ incidencia del equipo}$$

$$\text{Valor del equipo} = 800.000.000 \times 1.25\%$$

$$\text{Valor del equipo} = 10.000.000$$

Entonces, la suma a reconocer será el 25% del valor del equipo, esto es:

$$\text{Valor de reconocimiento por subutilización del equipo} = 10.000.000 \times 25\%$$

$$\text{Valor de reconocimiento por subutilización del equipo} = 2.500.000$$

- Costos asociados a la subutilización de la mano de obra

La mano de obra es contratada a término de obra, por lo tanto el personal del contratista ha de permanecer durante todo el tiempo contractual, lo que genera mayores costos por la subutilización de la mano de obra.

Para determinar el valor a reconocer se hará el mismo análisis desarrollado para la subutilización del equipo.

% de obra ejecutada = 75%

Grado de subutilización de la mano de obra = 25%

% de incidencia de la mano de obra = 25%

Valor de la mano de obra = 800.000.000 x 25%

Valor de la mano de obra = 200.000.000 (según propuesta)

Valor de reconocimiento por subutilización de la mano de obra = 200.000.000 x 25%

Valor de reconocimiento por subutilización de la mano de obra = 50.000.000

- Impacto en la capacidad de contratación (K)

La menor facturación es un impacto negativo sobre la capacidad de contratación ya que esta se encuentra asociada a la facturación de los periodos contables inmediatamente anteriores. A manera de ejemplo, tenemos lo siguiente para el análisis del reconocimiento por detrimento en la capacidad de contratación:

Capacidad de contratación (K) exigida = 50.000 SMV

Plazo de ejecución de la obra = 360 días

Nota: La capacidad de contratación exigida como toda la capacidad del contratista

El plazo de ejecución es de dos años

Considerar que los ingresos contribuyen a la administración de la oficina en un 5%.

Procedemos con el análisis de la fórmula de capacidad máxima de contratación, la cual está dada por la siguiente expresión:

$$K = \text{F.P.I.} \times (\text{Co}) \times \frac{(1 + (\text{E} + \text{Cf} + \text{Ct}))}{1000}$$

Donde,

El F.P.I. equivale a un factor de paridad internacional, determinado a partir de la última información económica de indicadores de desarrollo que expide el Banco Mundial, el cual se calcula dividiendo el PNB. (Producto nacional bruto) per capita según la P.P.A (paridad de poder adquisitivo de la moneda local) y el PNB. (Producto nacional bruto) per capita.

Co = capacidad de organización del proponente, la cual se determinará por los ingresos brutos operacionales relacionados exclusivamente con la actividad de la construcción, en términos de SMMLV, calculada con base en el valor del SMMLV al momento de la acusación, de acuerdo con la declaración de renta correspondiente o con el balance comercial, según el caso.

Para el cálculo de los ingresos brutos operacionales se tomará el promedio aritmético de los dos años de mayor facturación que haya obtenido la firma o la persona natural profesional en los últimos cinco años, incluyendo el de la inscripción.

E = experiencia, la cual se determinara para las personas jurídicas por el tiempo durante el cual han ejercido su actividad constructora, y para las personas naturales profesionales, se determinara por el tiempo que hayan desarrollado la profesión en el área de la construcción, a partir de la fecha de grado.

Cf = capacidad financiera, se establecerá con fundamento en el patrimonio, la liquidez medida como activo corriente sobre pasivo corriente, y el nivel de endeudamiento medido como pasivo total sobre activo total, con base en la última declaración de renta y el último balance comercial según el caso, o balance de apertura para aquellas personas naturales o jurídicas que iniciaron operaciones en el último año. Para efectos de actualización se tomará el último balance comercial.

Ct = capacidad técnica, se determinará teniendo en cuenta a los socios, personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativo, vinculado mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades referentes estrictamente con la construcción, los cuales se contarán y promediarán con base en los dos mejores años de los últimos cinco años.

$$Co = \frac{X + Y}{2} \quad (\text{capacidad real } Co)$$

Donde,

X = ingresos operacionales del primer año

Y = ingresos operacionales del segundo año

Tenemos además que la capacidad de contratación se redujo en un 25%, según los análisis que hemos venido haciendo, entonces los ingresos reales para los dos últimos años en términos de la menor facturación son:

$$Co = \frac{X + 0.75 Y}{2}$$

El déficit será expresado en los siguientes términos:

$$\text{Déficit Co} = \frac{(X + Y)}{2} - \frac{(X + 0.75 Y)}{2}$$

$$\text{Déficit Co} = \frac{0.25 Y}{2}$$

$$Y = \frac{K}{2}$$

$$Y = 50.000 \times 0.5 = 25.000 \text{ millones}$$

El déficit estará calculado así:

$$\text{Déficit Co} = \frac{0.25 \times 25.000.000.000}{2} \times 0.05$$

$$\text{Déficit Co} = 156.250.000$$

Lo anterior indica que el reconocimiento que debe hacerse al contratista por el déficit en la capacidad de contratación, asociado a la menor facturación, es la suma de \$ 156.250.000

- Actualización de costos

Hasta el momento todo el análisis de sobrecostos a reconocer al contratista por la menor facturación, ha sido calculado a valores originales del contrato, por lo tanto dichos valores deben ser actualizados a valor presente, utilizando la fórmula de reajuste para el periodo contractual, es decir, para determinar la actualización de

precios hasta la fecha de vencimiento del contrato y posteriormente actualizar este valor utilizando un promedio del IPC. (Índice de precios al consumidor), desarrollado en el ejemplo anterior.

RESUMEN DE VALORES A RECONOCER

Valor de reconocimiento por administración asociado a la menor facturación	24.000.000
Valor de reconocimiento asociado a utilidades no percibidas	16.000.000
Valor de reconocimiento asociado a la subutilización del equipo	2.500.000
Valor de reconocimiento asociado a la subutilización de la mano de obra	50.000.000
Valor de reconocimiento asociado al impacto en la capacidad de contratación	156.250.000
Valor total a reconocer	248.750.000

- Actualización de costos

Para nuestro ejemplo utilizaremos un índice de reajuste definitivo de 1.421822, es así como se tiene:

Valor presente a reconocer hasta la fecha de vencimiento del contrato:

$$1.421822 \times 248.750.000 = 353.678.222$$

Para actualizar hasta la fecha este valor, utilizaremos el IPC como índice o factor multiplicador, que actualizara la cifra anterior.

De acuerdo al ejercicio anterior, se tiene que asumiremos un factor multiplicador de 10.67%.

Luego el valor definitivo a reconocer será calculado de la siguiente manera:

Valor definitivo de reconocimiento = $1.1067 \times 353.678.222$

Valor definitivo de reconocimiento = 391.415.688

RESUMEN DE VALORES A RECONOCER

Valor de reconocimiento por contrato inicial	248.750.000
Valor de reajuste, según fórmula	104.928.222
Valor de actualización del tiempo no contractual, según IPC.	37.737.466
Valor presente total de reconocimiento por menor facturación	391.415.688

CONCLUSIONES:

1. la menor facturación se origina por no desarrollar el programa de inversiones en su totalidad, como consecuencia de no ejecutar la cantidad de obra presupuestada al momento de suscribirse el contrato. Lo anterior genera un rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato.
2. el anterior análisis no determina que siempre se presente reconocimiento sobre todos los parámetros analizados. Lo que siempre será sujeto de reconocimiento serán las expectativas de utilidad proyectadas por el contratista, basado en la cantidad de obra a ejecutarse.

4. CONCLUSIONES

- Hemos finalizado nuestra propuesta académica, cuyo objetivo general es conceptualizar acerca de la importancia de la ecuación económica y financiera en los contratos estatales para la gerencia de empresas constructoras, tratando de hacer una aproximación tanto a sus causas como a sus soluciones, material que consideramos debe ser de pleno conocimiento para el especialista en Gerencia de construcciones en la medida que éste es uno de sus campos específicos de acción con respecto al manejo de los contratos que una empresa constructora pueda suscribir con la Administración Pública.

En este sentido y después de haber desarrollado el presente trabajo bibliográfico esperamos que los temas aquí consignados sean de tanta utilidad práctica y aporten al crecimiento académico desde la perspectiva profesional de la construcción a nuestros lectores, en la medida en que a pesar de haber abordado algunos temas que son distantes dentro del proceso de formación académica del profesional de la construcción, consideramos que están desarrollados de una forma didáctica y suficientemente aplicados a nuestra disciplina profesional, lo que permite su rápida comprensión y la adecuada ubicación dentro de algunas teorías jurisprudenciales que han sido de exclusivo conocimiento de los profesionales del Derecho y que por razones inherentes del mismo negocio de la construcción, hoy se han convertido en un elemento más de aplicación dentro del desarrollo de los contratos de obra pública que son por demás gerenciados y desarrollados por profesionales de la construcción.

- Los profesionales de la construcción responsables de la gerencia de empresas constructoras, deben tener la capacidad para identificar tanto los factores de riesgo como las reclamaciones que se presentan durante las diferentes etapas del

proceso contractual – de planeación, precontractual, contractual o de ejecución y de liquidación -, ya que ellos están presentes en el momento que se gesta el reclamo, y deberán ser ellos quienes busquen alternativas de solución dentro de sus atribuciones. Estos profesionales deben tener un conocimiento adecuado del tema para que las reclamaciones que se presenten, no se les escapen de las manos y puedan abordarlas con el mayor profesionalismo posible.

- Las empresas constructoras dedicadas a ofrecer sus servicios al Estado, deben implementar una gerencia integral que les permita cubrir con un buen nivel de competencia, los retos que les impone la ley general de contratación pública, ley 80 de 1993, identificando claramente los factores de riesgo, con una alta capacidad para enfrentar las consecuencias de las obligaciones que asumen frente al Estado.

- Es importante conocer acerca de la equivalencia económica o equilibrio financiero del contrato, ya que esta es la contrapartida en favor del contratista de las prerrogativas de la administración, lo que ofrece a los particulares la suficiente seguridad jurídica para intervenir en la gestión contractual pública; sin esta garantía nadie estaría dispuesto a participar en esta clase de relaciones jurídicas, si la administración pública pudiera modificar unilateralmente las condiciones del contrato, sin respetar la remuneración pactada.

- No es solo la posibilidad legal de trasladar ciertos riesgos al contratista lo que debe tener en cuenta la administración al momento de celebrar un contrato. En efecto, no siempre será conveniente trasladarle ciertos riesgos al contratista, aun cuando exista la posibilidad legal para ello, pues ello implicaría un mayor valor de la oferta económica del contratista, aumentando, de tal modo, el costo del proyecto para la administración. Así mismo, de trasladarle al contratista riesgos que no está en capacidad de asumir, implicaría retrasos en la elaboración del proyecto, lo que se traducirá en multas, declaratorias de caducidad, etc.,

situaciones que no convienen a ninguna de las partes, pues las dos verán afectados sus intereses: la administración, por cuanto no podrá culminar la obra en el tiempo estimado, y el particular, pues vera afectado su patrimonio.

- La finalidad que persigue el Estado a través de la actividad contractual, es la consecución del bien común, de manera mediata o inmediata. A su vez, la finalidad que persigue el contratista particular es la obtención de una utilidad o provecho económico. En este orden de ideas, y para efectos de alcanzar los objetivos de las partes del contrato estatal, surge el principio de la ecuación económica y financiera del contrato. Este principio engendra una relación de doble vía, por un lado una obligación del Estado de conservarlo durante la ejecución de los contratos estatales de tracto sucesivo, y de restablecerlo si es del caso, y por otro, el derecho del contratista de reclamar a la entidad contratante por su restablecimiento cuando este se haya roto.

El equilibrio económico del contrato es, entonces, una salvaguarda de la finalidad de la contratación estatal.

- Además de la vulneración de los principios que rigen a la contratación estatal, el desconocimiento del principio del equilibrio económico y financiero del contrato estatal desvirtúa la conmutatividad del mismo. no es factible que por imposición de la entidad estatal contratante o por renuncia del concesionario, este asuma los riesgos que jurídica y financieramente no esta llamado a asumir, desequilibrando así la ecuación contractual. Desde la perspectiva de la imposición, nos encontraríamos frente a un caso evidente de abuso de autoridad. Es bien sabido por todos que la entidad contratante, al representar el interés general, ostenta una posición de superioridad frente al concesionario contratista, desigualdad esta que solamente puede compensarse con el respeto a las garantías legales y contractuales que se le ofrezcan al contratista. Desconocerlas, es abuso de autoridad. Y por otro lado, asumir ilimitadamente los riesgos del contrato

arguyendo el ejercicio de la autonomía de la voluntad, no es valido. Este principio, si bien tiene aplicación en el campo del Derecho Administrativo, tiene mas limites que en el Derecho privado, y en consecuencia, el contratista jamás podrá obligarse a asumir riesgos como el incumplimiento del Estado o la Teoría de la Imprevisión, ya que una asunción ilimitada de riesgos, no solo contraría el orden publico, en la medida en que obliga al concesionario a soportar una carga que jurídicamente no le es atribuible, sino que desnaturaliza el contrato estatal, en la medida en que elimina su conmutatividad.

- El mantenimiento de la ecuación económica y financiera del contrato obedece, más que a una consagración legal, a los preceptos constitucionales de Colombia, como un Estado Social de Derecho. Con su observancia se están poniendo en práctica los fundamentos del respeto al trabajo, la prevalecía del interés general, el respeto a la igualdad, a la propiedad privada y la obligación del Estado de responder patrimonialmente por los daños causados, entre otros.

- Resulta de vital importancia determinar que la ecuación financiera, clama aplicación en los llamados contratos “conmutativos” y, con mayor razón en aquellos que deben ser ejecutados en plazos más o menos largos, dado que cualquier variación en la economía de éstos, durante su vigencia, rompe el equilibrio convenido.

- Conductas tales como las siguientes: no pagar oportunamente las cuentas de cobro, no aprobar oportunamente los diseños o planos, no entregar la documentación correspondiente para el desarrollo de los trámites preliminares y ordenar en forma extemporánea la adición, supresión y cambios de las obras, etc. constituyen modalidades de incumplimiento en la administración con claras incidencias para la economía del negocio jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

BARRA C., Rodolfo. Contratos Administrativos. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982.

BASTO, Salguero Gonzalo, Contratos Administrativos. Tercera Edición. Ediciones del Profesional, 1993.

BERCAITZ, Miguel Angel. Teoría General de los Contratos Administrativos, Tomo I, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1980.

DAVILA VINUENZA, Luís Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación Crítica de la Ley 80 de 1993. Editorial Legis. Primera Edición. 2001.

FERNÁNDEZ FLÓREZ, Carlos Mario. El Manejo de los Riesgos para las Empresas Constructoras dentro del Marco de la Ley de Contratación Pública (Ley 80 de 1993. Tesis 2001.

Las Controversias Contractuales en la Contratación Pública, causas y soluciones.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Angel. LA CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES ESTATALES, Tesis 2002.

RICO PUERTA, Luís Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Editorial Leyer. Segunda Edición. 1998.