

**EL CONTRATO ESTATAL DE OBRA ESTUDIADO A PARTIR DE LA
DOCTRINA CIVILISTA**

**Estudio interpretativo de la garantía decenal aplicado a la
contratación de las entidades públicas**

GUILLERMO SILVA ALDANA

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO**

**BOGOTÁ D.C.
OCTUBRE DE 2013**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
CAPITULO I	9
EL CONTRATO ESTATAL	9
1. ACERCAMIENTO A LAS NOCIONES CIVILISTAS DEL CONTRATO	10
1.1. La Bilateralidad.....	13
1.2. La igualdad de las partes	16
2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO	17
2.1. Elementos clásicos propios del Derecho Privado.....	18
2.1.1. Consentimiento	18
2.1.2. Capacidad.....	19
2.1.3. Objeto	21
2.1.4. Causa.....	22
2.2. Régimen especial de Derecho Público.....	23
2.2.1. Régimen de exorbitancia	24
2.2.1.1. Terminación unilateral	26
2.2.1.2. Interpretación unilateral	27
2.2.1.3. Modificación unilateral	28
2.2.1.4. Caducidad.....	29
2.2.1.5. Sometimiento a las leyes nacionales	30

2.2.1.6.	Reversión.....	31
2.2.2.	Régimen de Derecho Público no exorbitante.....	32
2.2.2.1.	Cláusula de garantías.....	33
2.2.2.2.	Multas y cláusula penal.....	33
CAPITULO II.....		35
CONTRATO DE OBRA		35
1. EL CONTRATO CIVIL DE OBRA		36
1.1.	Obligaciones en el Contrato Civil de Obra	37
1.2.	Contrato de construcción	39
1.2.1.	Precio Global	40
1.2.2.	Precios Unitarios.....	40
1.2.3.	Por presupuesto o por administración delegada.....	40
1.3.	La ruina en los contratos de construcción	41
1.3.1.	Clases de ruina	44
1.3.1.1.	Ruina total y parcial	44
1.3.1.2.	Ruina Material.....	44
1.3.1.3.	Ruina Funcional.....	45
1.3.1.4.	Ruina técnica.....	45
2. EL CONTRATO DE OBRA EN EL DERECHO PÚBLICO		46
2.1.	Elementos del contrato estatal de obra	47
2.2.	El pago en el contrato estatal de obra.....	49
2.2.1.	Por precio global o precio alzado.....	50
2.2.2.	Por precios unitarios	51
2.2.3.	Por administración delegada.....	53
2.2.4.	Por concesión	54
2.2.5.	Contrato llave en mano	56
2.3.	Terminación anticipada del contrato de obra	57
2.3.1.	Por declaratoria de caducidad	58
2.3.2.	Por declaratoria de terminación anticipada unilateral	59
2.3.3.	Liquidación del contrato	60
CAPITULO III.....		62

LAS GARANTÍAS EN EL CONTRATO ESTATAL	62
1. DEFINICIÓN DE GARANTÍA	63
2. FUNCIÓN DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	63
3. CARACTERÍSTICAS DE LAS GARANTÍAS	65
3.1. Irrevocabilidad	65
3.2. Proporcionalidad	66
3.3. Extracontractual	66
3.4. Obligatoriedad	66
3.5. Intangibilidad	67
4. MECANISMOS DE COBERTURA DEL RIESGO	67
5. RIESGOS AMPARADOS	68
5.1. Derivados del incumplimiento del ofrecimiento	68
5.2. Derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales	70
5.3. Relativas al anticipo	71
5.4. Relativas al cumplimiento del contrato	72
5.5. Relativas a la solidaridad laboral	74
5.6. Responsabilidad civil extracontractual	75
5.7. Relativas a la calidad de lo contratado	77
5.7.1. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados	78
5.7.2. Calidad del servicio	79
5.7.3. Estabilidad y calidad de la obra	79
5.7.3.1. Suficiencia de la garantía de calidad y estabilidad de la obra	80
6. REMISIÓN A NORMAS CIVILES REFERENTES A LAS GARANTÍAS	85
6.1. Normas civiles relativas a la estabilidad de edificaciones	86
6.2. Aplicación del artículo 2060 del Código Civil en la contratación estatal	86
7. GARANTÍA DECENAL EN LOS CONTRATOS DE OBRA DE INFRAESTRUCTURA VIAL	88
CONCLUSIONES	92
REFERENCIAS	94

INTRODUCCIÓN

Una de las principales funciones del Derecho Público Contractual es brindar herramientas jurídicas que le permitan al Estado exigir resultados óptimos, oportunos y estables frente a las inversiones que realiza en aras de promover la prosperidad general y la satisfacción de necesidades públicas, como unos de sus fines esenciales.

Es lugar común encontrar que grandes e importantes inversiones realizadas con estos propósitos, no arrojan los resultados buscados, lacerando los procesos de crecimiento económico y desarrollo del país, y limitando su competitividad a nivel internacional.

Sin embargo, al realizar un primer análisis frente a la normatividad existente con el fin de evaluar las falencias que generan la problemática señalada, se ha encontrado que en muchos casos, no es la insuficiencia normativa el mayor reto a enfrentar, sino los criterios de interpretación de la norma que aplican las entidades

públicas y los contratistas, y que limitan las posibilidades de exigencia de resultados óptimos de las inversiones realizadas.

En este sentido, se propone adelantar un ejercicio argumentativo que le aporte al Estado nuevas herramientas que le faciliten prolongar la cobertura de los diversos riesgos que conlleva la realización de grandes proyectos, fundamentales para el desarrollo del país.

Para ello se realizará en un primer momento, un estudio de los elementos característicos del contrato estatal desde sus raíces civilistas, con el fin de reivindicar su naturaleza de verdadero contrato, junto con las implicaciones que ello conlleva con relación a la posibilidad de aplicar criterios subsidiarios de interpretación propios del régimen civil contractual.

El estudio se concentrará en el análisis del contrato de obra¹, atendiendo a la gran importancia de esta modalidad contractual, que constituye el instrumento idóneo para garantizar los fines estatales, y que a su vez representa el tipo de contrato con mayor destinación de recursos públicos.

Obedeciendo a la importancia del contrato de obra, se justifica abordar el estudio de los mecanismos de cobertura del riesgo aplicables a dicho contrato, haciendo

¹ El presente escrito aborda el contrato tradicional de obra que en la actualidad abarca un alto porcentaje de utilización. La precedente precisión es necesaria por la entrada al escenario contractual de las Asociaciones Público Privadas, que muy seguramente en un futuro predominaran en la contratación de obras de gran envergadura, y que requerirán un análisis diferente al que hoy motiva la realización de esta monografía de grado.

énfasis final en la garantía de calidad y estabilidad de las obras de infraestructura vial.

Lo anterior permitirá consolidar lineamientos de interpretación de la normatividad vigente, extrapolando presupuestos propios del Derecho Común, que permitan determinar, con relación al objeto de estudio concreto propuesto, la duración de la garantía de calidad y estabilidad de las obras de infraestructura vial.

CAPITULO I EL CONTRATO ESTATAL

El primer capítulo de este escrito tiene por objeto estudiar y comprender los elementos característicos del contrato estatal, partiendo de las nociones básicas de la Teoría General de los Contratos y de las Obligaciones, de la cual el Derecho Contractual Público se nutre. Construir la definición de contrato estatal desde conceptos como *bilateralidad, autonomía de la voluntad e igualdad de las partes contratantes*, aportará elementos relevantes para comprender por qué la contratación estatal no puede alejarse ni oponerse al régimen civilista y comercial, así como afirmar que el contrato estatal es una especie dentro del género contrato, revestido de ciertas características distintivas en pro del bien público que persigue.

1. ACERCAMIENTO A LAS NOCIONES CIVILISTAS DEL CONTRATO

En un intento por comprender el contrato administrativo en su total dimensión, resulta insuficiente remitirnos simplemente al concepto plasmado en el Estatuto de la Contratación – Ley 80 de 1993 –. Para poder hablar con autoridad y certeza de contrato estatal, en donde existe un *sujeto necesario* y un *objeto especial*, es indispensable remitirse a la tradicional definición del Código Civil, que en su artículo 1496 expresa: “*contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (...)*”.

Así pues, resulta necesario conocer el contrato privado por dos razones primordiales. En primer lugar, porque la Teoría General de los Contratos y de las Obligaciones no debe ser vista como una barrera u obstáculo para la construcción del régimen de contratación pública, sino como un complemento y soporte. En segundo lugar, hay que considerar que el fin de la contratación, tanto pública como privada, es el mismo: satisfacer una necesidad. En palabras de LAFONT PIANETTA, “los negocios y contratos civiles han tenido y tienen la función adecuada para la satisfacción de unas necesidades y la solución de unos conflictos o dificultades, para los cuales, de acuerdo con su época, así fueron concebidos” (Lafont Pianetta, 2001, pág. 9). Ha sido desde siempre el contrato la mejor herramienta jurídica para la adquisición de bienes y servicios, por eso su importancia en el Derecho Privado y hoy en el Derecho Público. Bien concluyó FERNÁNDEZ DE VELASCO cuando afirmó que “los llamados contratos

administrativos son tan solo variedades con perfecta analogía de sus patrones o tipos de orden civil” (Fernández de Velasco, 1927, pág. 18).

Refiriéndose a temas propios del Derecho Público, la administración tiene el deber de solucionar las dificultades básicas de sus subordinados, de satisfacer aquellas necesidades que permiten una convivencia en orden y un disfrute pleno de los derechos consagrados en la Constitución Nacional de 1991. Es éste deber el que generó la discusión y obligó a los Estados y a la doctrina a buscar la solución más eficaz y más conveniente para lograr la solución a este grupo de necesidades comunes a todos: los intereses colectivos.

Con lo anterior, no se ha querido decir que el contrato privado y el contrato público se asemejan en su totalidad, pues es evidente a la luz tanto de la normatividad como de la doctrina, que la administración contrata en pro de un bien común que supera los elementos individualistas de la voluntad privada. Y es precisamente esta afirmación la que inspira de este trabajo, que intenta encontrar dentro de la gran extensión de la doctrina civilista y comercial, los argumentos jurídico - teóricos necesarios para llenar los vacíos del Estatuto Contractual, mediante la adecuación de dichas teorías en pro del bien general.

Queda claro entonces, que a lo largo de éste escrito el Derecho Privado será para el Derecho Público más que una herramienta; será una guía, un pilar, un cimiento sobre el cual se edificará un análisis tendiente a demostrar su innegable, inseparable y necesaria relación. Siguiendo con ésta premisa, y como se entrará a

estudiar, esta especial característica que reviste al contrato estatal y que lo sitúa en una posición de singular hibridez entre el Derecho Público y el Derecho Privado, hace de su estudio una combinación entre la Teoría General de los Contratos y las Obligaciones, y el Derecho Administrativo.

Pues bien, para empezar es necesario entender el contrato privado como una especie dentro del género de los negocios jurídicos, definido por la doctrina como “el acto bilateral o plurilateral con contenido patrimonial” (Scognamiglio, 1996, pág. 13). Es el contrato la principal fuente de obligaciones, y por ello es indispensable aclarar que, “de la teoría del negocio jurídico y por ende de los problemas y principios comunes a la totalidad del campo de la autonomía privada, se ocupa la doctrina general del derecho civil, mientras que de la teoría del contrato, que a su turno constituye una figura general y abstracta dentro de varios tipos contractuales, se trata a propósito de las obligaciones y como parte preliminar del estudio de los principales contratos, en forma de planteamiento de problemas y búsqueda de soluciones propias de tal materia.” (1996, pág. 14)

Con el propósito de demostrar tales afirmaciones, se procederá a continuación a exponer dos de las características esenciales de los contratos como negocios jurídicos, enfatizando su presencia en los contratos estatales.

1.1. La Bilateralidad

Dentro de las características esenciales de los contratos se encuentra la bilateralidad, que no es más que la necesidad de que existan dos partes dentro de un negocio jurídico que con la confluencia de sus voluntades quieran darle vida a un contrato y que en la mayoría de los casos se obligan recíprocamente², entendiendo como partes “cada uno de los centros de intereses antagónicos, en sentido amplio, entre los cuales se realiza un acuerdo contractual” (Scognamiglio, 1996, pág. 31).

Resulta necesario estudiar la bilateralidad del contrato administrativo, ya que no siempre fue clara ni uniforme su existencia, debido a que durante varios años la doctrina consideró que debido a la desigualdad existente entre el Estado y los particulares, el contratista privado siempre estaría en un estado de subordinación y no de parte. Sumado a lo anterior, varios autores afirmaban que la administración carecía de voluntad; por su parte, el particular con intención de vincularse por medio de un contrato con la administración, tampoco tenía voluntad, teniendo en cuenta que en ningún momento podía entrar a pactar ni a modificar los términos y condiciones del contrato.

² La doctrina distingue los contratos en donde solo una de las partes se obliga respecto de la otra, sin embargo en palabras de CLARO ESCOBAR “. El contrato unilateral es siempre un contrato de dos partes, un acto doble o bilateral: pero el contrato que este acto bilateral constituye, se llama unilateral, porque solamente da origen a una obligación principal (Escobar, 1992).

Para analizar por qué algunos sectores de la doctrina negaban la bilateralidad del contrato, es prudente remitirse a AYALA CALDAS quien explica, que tanto la desigualdad jurídica de las partes, como la subordinación, y la limitación de la libertad que involucra la autonomía de la voluntad, hacen parte de los caracteres de los contratos administrativos, los cuales eran de buen recibo por la doctrina en la etapa clásica del contrato administrativo, pero atenuada y difusa en los regímenes jurídicos modernos.

Enseña este autor que, como la administración debe velar por unas necesidades colectivas, sus actuaciones deben ser unilaterales y ésta tiene que colocarse en un plano de superioridad con respecto al subordinado contratista. Sobre la subordinación manifiesta que “la administración actúa con poder público, con todo el peso de su autoridad, con el imperium de que esta investida” (Ayala Caldas, 1999, pág. 528). Sobre el otro punto en discordia – la voluntad – explica el mismo autor, que “la administración pública, no goza de libertad ni para elegir la persona de su contratante (...), ni para decidir la forma en que ha de concertar el contrato”. Así mismo precisa que “el fin publico limita la autonomía de la voluntad de la administración y circunscribe su actividad contractual” (1999, pág. 525).

La etapa moderna del contrato administrativo³ trajo consigo cambios en el modelo de la contratación administrativa de orden legal, jurisprudencial y doctrinal. La

³ Teniendo en cuenta que la doctrina a separado la historia del contrato administrativo en tres etapas: la etapa clásica, en la cual los contratos celebrados por la administración eran exactos a los celebrados entre particulares; en segundo lugar, la etapa clásica en donde el derecho administrativo cada vez mas importante y relevante originó el nacimiento del

premisa del poder de imperio que detenta la administración dio un paso al costado en búsqueda de un modelo mixto de contratación, que no solo facilitara y agilizará los actos contractuales, sino que creara un orden jurídico con igualdad, con más equidad y con una mejor relación con los contratistas, manteniendo siempre la búsqueda constante del interés general. Esta posición es explicada por LAMPREA RODRÍGUEZ de la siguiente manera: “la administración pública obra en principio por decisión unilateral, pero admite la forma jurídica del contrato, para lo cual el orden jurídico le da validez a la autonomía de la voluntad personal” (Lamprea Rodríguez, 2007, pág. 5).

Queda entonces relegada la discusión acerca de la bilateralidad de los contratos administrativos, pues se reconoció que éste tenía su base en el contrato privado. En palabras de LAMPREA RODRÍGUEZ “el Estado no puede desconocer la rica tradición jurídica del contrato privado, del derecho romano y de la compilación francesa, que han sido considerados buenos” (Lamprea Rodríguez, 2007, pág. 21).

contrato administrativo que tenía como principal característica una marcada tendencia de superioridad de la administración y de subordinación del contratista, lo que generaba un desequilibrio injusto en pro del servicio público; por último, la etapa moderna, que busca un equilibrio racional entre las partes, en donde el contratista dejó de ser un subordinado y se transformó en un colaborador de la administración, esta etapa puso límites al poder de imperio que la administración tiene en los contratos y, como consecuencia, acercó el contrato público al privado.

Se puede concluir que en el contrato administrativo confluyen dos voluntades distintas: la de la administración que persigue la satisfacción del interés general⁴, y la del particular que busca un beneficio económico con la prestación de un servicio o la realización de una obra.

1.2. La igualdad de las partes

Hay que precisar que en el contrato administrativo nunca existirá una igualdad real entre las partes, aunque si se encontrará una correspondencia en cuanto a la reciprocidad de las prestaciones. Una muestra de ello son las cláusulas exorbitantes, exclusivas de los contratos estatales, y que no tienen cabida en los contratos entre los particulares⁵, porque generan desequilibrio al permitirle a la administración actuar unilateralmente cuando el interés general así lo requiera. Sin embargo, el desequilibrio que generan es contrarrestado o solucionado por el gran acercamiento que el contrato administrativo tiene con la doctrina civilista o de Derecho Privado, que permite remitirse a principios como la equivalencia de las prestaciones, la buena fe contractual o inclusive, el principio de igualdad de los contratantes. Estas ideas llevaron a la doctrina y al legislador, siguiendo la noción

⁴ La voluntad general, como elemento esencial para el nacimiento de la libertad política, otorga legitimidad al actuar del Estado. En éste sentido, se entiende que éste último, como titular del poder de representación de esa voluntad que le da vida, actúa a través de ese mandato, y sus actos se toman como la manifestación de la voluntad del pueblo.

⁵ Con relación a porqué las cláusulas exorbitantes son extrañas a los contratos entre particulares, AYALA CALDAS enumera tres situaciones: 1. Que la cláusula sea imposible de incluir y por ende ilegal; 2. Que la cláusula otorgue prerrogativas de poder público; y 3. Que la cláusula haya sido inspirada por consideraciones de interés general que no pueden manifestarse en los contratos entre particulares (Ayala Caldas, 1999, pág. 546).

moderna de contrato administrativo, a incluir dentro en la teoría del contrato, los conceptos de *equilibrio financiero*, *equilibrio económico* o *la ecuación contractual*, con el único fin de evitar un perjuicio patrimonial en contra del contratista cuando unilateralmente, y sin que exista responsabilidad alguna del particular, se haga uso de alguna de las cláusulas exorbitantes.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La última etapa de la contratación administrativa tiene como principal característica el acercamiento a la teoría general del contrato privado. Es así cómo, no sólo la doctrina foránea, sino también la Ley 80 en su artículo 13, se remite por analogía al Código Civil y al Código de Comercio en los temas básicos y comunes a los contratos en general, dejando lo “estrictamente público como régimen de excepción” (Lamprea Rodríguez, 2007, pág. 2).

Conforme a lo expresado en el párrafo anterior, se dilucida que el régimen jurídico del contrato administrativo es mixto, dejando intacta la teoría general del contrato y ordenando acatar los preceptos del Estatuto Contractual en materia de unilateralidad y exorbitancia.

Para desarrollar este acápite de manera ordenada, se procederá a examinar los elementos característicos del contrato privado, a los cuales por analogía hace remisión el Estatuto General de la Contratación Pública en Colombia, y con

posterioridad, se analizarán los elementos especiales del régimen de la contratación pública.

2.1. Elementos clásicos propios del Derecho Privado

La doctrina mayoritaria reconoce como elementos esenciales de los contratos el consentimiento, la capacidad, el objeto lícito y la causa lícita.

2.1.1. Consentimiento

Se entiende por consentimiento la exteriorización de la voluntad de las partes para convertirse, una en acreedor y otra en deudor recíprocamente. Este elemento indica inequívocamente que dos o más sujetos quieren voluntariamente crear un lazo jurídico contractual entre ellos.

Sobre la formación del consentimiento el Código de Comercio (Artículos 845-864) regula temas de oferta y aceptación, que hacen parte de la etapa precontractual. Esta etapa en los contratos estatales tiene una alta complejidad, ya que la administración está limitada legalmente por los métodos de selección de los contratistas. LAMPREA RODRÍGUEZ al respecto señala, que la entidad pública no manifiesta el consentimiento por acto simple – como en el caso del contratista privado – sino que la manifestación es compleja y divisible en varios actos⁶. El

⁶ Señala el autor que coexisten actos de distinta naturaleza con los que la administración manifiesta el consentimiento. Distingue los actos propiamente administrativos, como la

acto final, que determina el consentimiento de la administración es el de adjudicación al contratista privado, como muestra de que su oferta fue aceptada.

Por otro lado, la manifestación del consentimiento por parte del contratista privado es un acto simple, que consiste en ofertar siguiendo los parámetros establecidos en los pliegos de condiciones, y a sabiendas de que una vez aceptada y adjudicada, ésta no puede ser rechazada por fuera del acto precontractual.

2.1.2. Capacidad

Se entiende por capacidad la aptitud de reclamar derechos y de contraer obligaciones. Se obtiene al momento mismo del nacimiento como un atributo de la personalidad. A ésta capacidad simple se le denomina *capacidad de goce*. Para poder obligarse efectivamente dentro de un negocio jurídico es indispensable haber adquirido *capacidad legal*, que es “la facultad más o menos amplia para realizar actos válidos y eficaces en derecho” (Angarita Gómez, 2004, pág. 240), y consiste, en términos del Código Civil, en poder obligarse por sí mismo, sin el ministerio o la autoridad de otro. El artículo 1502 del mismo estatuto establece que, “*para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1) que sea legalmente capaz. (...)*”.

apertura de la licitación o la elaboración del pliego de condiciones, de otros actos creadores del vínculo jurídico, como el acto de adjudicación, y otros de perfeccionamiento del contrato (Lamprea Rodríguez, 2007, pág. 108).

La capacidad legal en las personas naturales por regla general se obtiene con la mayoría de edad, siendo la incapacidad legal un régimen de excepción; mientras que las personas jurídicas deben obtener la capacidad como requisito de validez, según lo establecido por la ley (por escritura pública, por inscripción en la Cámara de Comercio o por ministerio de la ley, según el caso), siendo limitada en las personas jurídicas de Derecho Privado por el objeto y, en las personas de Derecho Público, por facultades legales.

La Ley 80 de 1993 hace una remisión al Código Civil en el tema de la capacidad legal cuando en el artículo 6 reza: “pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”.

Existen, sin detrimento de lo anterior, unos requisitos adicionales que complementan la capacidad, ya que la carencia de estos impide que el contrato sea válido. Con respecto al contratista privado, la Ley 80 de 1993 en el artículo 22, exige la inscripción del contratista en el registro único de proponentes. Con relación a la entidad estatal, se requiere que esta sea competente⁷ y que este

⁷ Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado, lo siguiente: “*De otra parte, la capacidad legal o de ejercicio, como elemento esencial para la validez del contrato, vale decir, la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, en las relaciones negociales del Estado, por lo que respecta a la entidad estatal contratante, suele manejarse bajo la noción de “competencia”, expresión nítida del principio de legalidad (arts. 6, 121, 122 y 123 C.P.). (...) En suma, para la celebración de los contratos estatales es necesaria no solo la existencia de los sujetos o partes, particular y entidad pública, sino que éstas tengan capacidad de ejercicio, lo que equivale a decir que sean aptas para ejercer por sí mismas sus derechos y contraer obligaciones, sin autorización*”

facultada para contratar, porque, como bien lo explica AYALA CALDAS, “un órgano administrativo, un funcionario administrativo, no puede hacer sino lo que expresamente está facultado para hacer” (1999, pág. 531).

2.1.3. Objeto

Para autores como VALENCIA ZEA y OSPINA FERNÁNDEZ el objeto dentro del marco del código civil, tienen al menos dos acepciones; la primera, extraída del artículo 1537 del código civil, que describe al objeto como una conducta: dar, hacer o no hacer; y la segunda, que se puede leer en el artículo siguiente del mismo código, define el objeto con una connotación material, como la cosa debida por el deudor.

Para AYALA CALDAS, quien es un autor administrativista, el objeto del contrato es “la consecuencia o el efecto que produce y que persigue el contrato” (1999, pág. 533).

LAMPREA RODRÍGUEZ, por su parte, afirma que según el objeto del contrato, la obligación puede ser de dar, hacer o no hacer. Se ocupa, a su vez, de enumerar las características del objeto en los siguientes términos (2007, pág. 110).

a. De posibilidad física.

de otras.” Sentencia del Consejo de Estado del 8 de febrero de 2012. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 170012331000199708034-01.

- b. De posibilidad moral.
- c. Lícito

Se puede concluir que el objeto del contrato administrativo hace referencia al fin último y concreto que busca la administración con la celebración del mismo, que se traduce en una obligación de dar, hacer o no hacer por parte del contratista, y por lo que la administración deberá pagar en contraprestación determinada suma de dinero.

2.1.4. Causa

La causa es un elemento fundamental del contrato, en cuanto representa “el motivo que induce al acto”⁸. El concepto de causa “equivale a la noción jurisprudencial francesa de la causa impulsiva y determinante, identificada con los móviles que inducen a las personas a la celebración de los actos jurídicos” (Ospina Fernandez & Ospina Acosta, 1998, pág. 289). Parece impensable concebir un contrato sin una causa, sin un motivo que genere entre las partes un lazo jurídico y una intención de celebrar un negocio. Es entendible entonces la causa como elemento de validez y de eficacia de los contratos y, en general, de los negocios jurídicos, por la sencilla razón de que sin causa no hay contrato.

Para la suscripción de un contrato administrativo es indispensable la existencia de una causa clara y evidente que justifique su existencia. La mixtura de este tipo de

⁸ Artículo 1524 del Código Civil.

acto se manifiesta en este punto de manera muy clara, porque para el contratista particular no existe reglamento adicional para la determinación de la causa, más que la licitud que exige el Código Civil, y debe entenderse que su motivo para contratar es el beneficio económico que va a obtener, mientras que la entidad estatal tiene que demostrar que el motivo que la lleva a contratar es “la satisfacción de un fin público, un interés social, un servicio público” (Ayala Caldas, 1999, pág. 533). No puede entonces la administración contratar sin un motivo, porque carecería de un requisito de existencia y, más aun, no puede contratar motivada por un móvil diferente a los consagrados en el artículo 3° del Estatuto de Contratación Pública, porque de lo contrario corre la misma suerte: el contrato carecería de causa.

2.2. Régimen especial de Derecho Público

Para el Derecho Administrativo fue indispensable crear un régimen especial de contratación que, sin derogar los preceptos comunes a las obligaciones y los contratos, le permitiera salvaguardar los intereses generales a los que los contratos administrativos atienden.

Es precisamente el interés colectivo lo que inclina la balanza contractual a favor de la administración, basado en la premisa jurídica “el bien general prima sobre el particular”. En un contrato administrativo, la entidad contratante y el contratista nunca van a estar en igualdad de condiciones, y así debe ser para evitar retrasos en las obras, malgasto de recursos públicos, incumplimientos injustificados;

circunstancias que pueden afectar la prestación de un servicio a la comunidad o un interés público.

La Ley 80 que se caracteriza por ser menos minuciosa permite así una contratación más abierta, dejando claras bases, reglas y principios generales y aprobando la autonomía de la voluntad como parte fundamental creadora de vínculos jurídicos contractuales. Señala FRANCO GUTIÉRREZ que el nuevo estatuto contractual “dejo en libertad a la entidad estatal para que redacte sus contratos de obra, de conformidad con las normas civiles y mercantiles sobre la materia.” (2000, pág. 548)

2.2.1. Régimen de exorbitancia

La administración protege unos intereses colectivos, vela por la prestación efectiva de los servicios públicos y administra los dineros del erario. Para garantizar que en los contratos que ésta realice no se vean quebrantados ninguno de los anteriores propósitos, la teoría del contrato administrativo se vale de cláusulas que autorizan y permiten que la entidad contratante actúe, en casos que así lo ameriten, de forma unilateral según lo establecido en el artículo 14 de la ley 80, que establece:

“(...) pueden interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado”.

Éstas cláusulas, llamadas exorbitantes, se denominan así porque superan los parámetros permitidos en un contrato privado. LIBARDO RODRÍGUEZ explica que dichas cláusulas tienen un carácter especial que consiste “en que su contenido es extraño a los contratos de derecho privado” (2005, pág. 418). El consejo de estado en sentencia del 27 de noviembre de 2003 señaló lo siguiente con relación al poder sancionatorio de la administración que se traduce en la obligación de estipular cláusulas exorbitantes para proteger intereses superiores:

“El poder sancionatorio participa, como lo ha manifestado la doctrina, de las características propias de las potestades administrativas, consistentes en que es de orden público y como tal no puede ser objeto de disposición o de renuncia por las partes, es inalienable irrenunciable, intransmisible e imprescriptible, y goza de unas connotaciones particulares atinentes a la autonomía, unilateralidad y proporcionalidad, según las cuales se ejerce a través de la expedición de actos administrativos unilaterales debidamente motivados, sin necesidad de acudir ante el juez, no puede ser objeto de renuncia o acuerdo de las partes, ya que está involucrado el interés público y debe ejercerse en forma proporcional teniendo en cuenta el valor del contrato (tratándose de multas y sanciones pecuniarias) y la magnitud del incumplimiento”⁹.

⁹ Sentencia del Consejo de Estado del 27 de noviembre de 2003, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Rad Interno 14431.

Tal definición no obedece únicamente a las cláusulas exorbitantes dirigidas a sancionar incumplimientos, se puede inferir de la anterior cita que todas las potestades excepcionales descritas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, gozan de tales características y son necesarias en el ordenamiento jurídico contractual, para evitar con su declaratoria la paralización o la afectación grave de los servicios públicos, con el deber constitucional y legal de proteger el interés público.

La ley 80 de 1993 – artículo 14- establece cuáles son las cláusulas especiales que harán parte de los contratos estatales y que deberán ser invocadas por las entidades contratantes para evitar paralización o afectación grave de servicios públicos a su cargo. Dichas cláusulas son las siguientes:

- Terminación unilateral
- Interpretación unilateral
- Modificación unilateral
- Caducidad
- Sometimiento a leyes nacionales
- Reversión

A continuación se realizará una breve explicación de cada una de éstas cláusulas.

2.2.1.1. Terminación unilateral

Se encuentra consagrada en el artículo 17 del estatuto de contratación pública. Ésta cláusula especial permite que la administración rescinda el contrato cuando

encuentra durante su ejecución razones de “inconveniencia, de inoportunidad y por consideraciones de interés general” (Ayala Caldas, 1999, pág. 551). Resalta BERCAITZ que las razones de la administración para terminar unilateralmente el contrato deben ser fundadas y objetivas (1980, pág. 501). Complementando esta apreciación, se explica que las razones objetivas deben encuadrarse en los eventos que el mismo artículo 17 enumera.

2.2.1.2. Interpretación unilateral

Esta cláusula tiene como finalidad evitar la parálisis de la ejecución de la obra o la afectación de la prestación de un servicio público, cuando surgen entre las partes diferencias relativas a la interpretación de alguna de las cláusulas del contrato. El artículo 15 de la Ley 80 de 1993 establece que *“si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.”*

La expresión *“si no se logra un acuerdo”*, evidencia el querer del legislador de entregar a las partes la capacidad volitiva de interpretación del contrato cuando se presenten discrepancias, de la misma forma lo señala ERNESTO MATALLANA cuando afirma que *“el artículo parte del principio del acuerdo de voluntades”* (Matallana Camacho, 2005, pág. 417).

En la eventualidad de no lograr un acuerdo, debe la entidad pública romper el principio de igualdad de las partes propio de todos los contratos, para proteger

intereses superiores. Sin embargo, esta potestad está regulada, y la administración debe, mediante acto administrativo motivado, resolver la discrepancia y sobre todo sustentar como resultaría vulnerado o perjudicado el interés general, como requisito de procedencia de la interpretación unilateral.

2.2.1.3. Modificación unilateral

Esta potestad representa el mayor grado de expresión del ejercicio de poder de control que detenta la administración. El contrato por naturaleza es inmutable y solo puede ser modificado por acuerdo de voluntades, esto en virtud del *Pacta sunt servanda*. Contrario a lo anterior el contrato estatal desconoce este principio para lograr la ejecución idónea del objeto contratado y evitar la paralización de la obra o la afectación grave del servicio público. (Palacio Incapíe, 2005, pág. 322).

Con relación a esta cláusula exorbitante JORGE PINO hace dos aclaraciones que consideramos fundamentales para entender el alcance de la modificación unilateral, señala el autor en primer lugar que, “la modificación unilateral podrá realizarse para incorporar elementos adicionales a los previstos inicialmente y no para solicitar el cumplimiento del contrato o la ejecución de prestaciones previstas en el acuerdo” (2005, pág. 351), esto quiere decir que no puede modificarse el contrato con el fin de ampliar el plazo de ejecución para un contratista incumplido ya que esta potestad no está concebida para subsanar fallas en la ejecución de un contrato imputables al contratista. Señala también el doctrinante que “en ningún

caso, a través de un contrato adicional o la adición de un contrato, se podrá modificar su objeto”. (2005, pág. 350)

Es necesario precisar que el estatuto contractual establece un límite a la modificación unilateral la cual no puede superar el 20% del valor del contrato, so pena de poder el contratista renunciar a la ejecución del contrato.

2.2.1.4. Caducidad

Junto con la terminación unilateral esta cláusula especial permite a la administración terminar anticipadamente el contrato, la diferencia entre ambas figuras radica en que la primera, como ya se explico, da por terminado el contrato por cuestiones de inconveniencia, inoportunidad o interés general, mientras que la caducidad se debe declarar cuando exista un incumplimiento imputable al contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, con el fin de evitar un mayor perjuicio. Es importante señalar como lo hace PINO RICCI que “en la caducidad, basta que la amenaza de paralización recaiga sobre el contrato, es decir, que se encuentre en peligro su ejecución, y no es menester que peligre el servicio público que depende del cumplimiento de la prestación a cargo del contratista” (2005, pág. 358).

El profesor PALACIO INCAPIÉ señala que la Ley 80 de 1993, por el hecho de establecer que la caducidad se declara por el incumplimiento de las obligaciones

que afecten de manera grave la ejecución del contrato y evidencie una posible paralización, redujo a una sola causal la declaratoria de caducidad, pero señala la existencia de otras causales incorporadas en la legislación, así: (Palacio Incapíe, 2005, págs. 267-275)

- Por colaboración con grupos al margen de la ley
- Por alcances fiscales
- Por no protección a la ingeniería nacional
- Por no prorrogar la garantía del contrato
- En materia de minas
- Por mora en el pago de las obligaciones parafiscales

2.2.1.5. Sometimiento a las leyes nacionales

El numeral 2° del artículo 14 del Estatuto Contractual señala que los que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra, se deben regir por las leyes nacionales cuando el contratista sea una persona extranjera.

La obligatoriedad o sometimiento a leyes nacionales en los citados contratos, parece ser la excepción, ya que para el resto de contratos no existe tal limitación. La importancia de los contratos citados en el desarrollo de los fines estatales

obliga a cerrar la puerta a ordenamientos jurídicos foráneos que pueden entorpecer la ejecución de los contratos.

2.2.1.6. Reversión

La reversión se debe ser pactada únicamente para los contratos de explotación y concesión de bienes del estado, consiste en el traspaso de los bienes objeto de la concesión, que por haber sido construidos con recursos propios pertenecen al contratista, a la propiedad del Estado una vez terminado el plazo de ejecución del contrato y sin ninguna contraprestación para el contratista.

La institución de la reversión se considera exorbitante por la expresa disposición del legislador, cuando consignó que esta cláusula se pactará en los contratos estatales de explotación o concesión de bienes. Sin embargo teniendo en cuenta que el contrato de concesión presupone que una vez amortizado el costo de obra o de la prestación del servicio y de la utilidad pactada, los bienes, que siempre fueron considerados públicos por estar destinados a la explotación de bienes estatales, estos, ingresen al patrimonio del Estado para mantener así el equilibrio entre el interés público y el particular.

Se considera la reversión como una cláusula obligatoria pero no exorbitante porque independientemente de la inclusión de esta cláusula en el articulado del estatuto Contractual, la naturaleza de la concesión conlleva de manera inevitable a la aplicación obligatoria de la reversión.

2.2.2. Régimen de Derecho Público no exorbitante

Los contratos estatales pueden por expresa disposición del artículo 16 del E.C., modificar, adicionar o prorrogar de común acuerdo un contrato estatal, esta potestad se otorga a las partes en virtud del acuerdo de voluntades que originó la suscripción del contrato. Sin embargo para evitar detrimento patrimonial del estado, la misma ley establece unos límites que sin ser exorbitantes diferencian los contratos estatales de los contratos civiles o comerciales.

Para un sector de la Doctrina, la necesidad de expedir un acto administrativo motivado, destinado a mutar las condiciones iniciales de un contrato, constituye la diferencia esencial entre las cláusulas exorbitantes y las cláusulas obligatorias no exorbitantes. PINO RICCI al respecto afirma que existen cláusulas que “no permiten el ejercicio directo de potestades administrativas, es decir, que no requieren de la expedición de actos administrativos para su ejercicio”. (2005, pág. 381)

A continuación se enunciarán el grupo cláusulas que no hacen parte del régimen de exorbitancia pero que son vitales para el cumplimiento de los fines estatales y que por lo tanto no pueden ser excluidas de los contratos que la administración celebra. Estas serán estudiadas de manera separada en virtud de la diferencia ya apuntada.

2.2.2.1. Cláusula de garantías

La garantía única como institución propia de la contratación estatal, así como aquellas destinadas a proteger los riesgos propios de cada contrato celebrado por la administración, constituyen una imposición al contratista quien debe constituir las a favor de la entidad contratante. La regla general asigna esta carga, sin discriminación del tipo de contrato, lo anterior quiere decir que, salvo las excepciones plasmadas en el Manual de Contratación, No puede ejecutarse un contrato estatal sin la constitución de las garantías propias de cada contrato o de cada etapa contractual, para evitar el detrimento patrimonial de los recursos del Estado.

2.2.2.2. Multas y cláusula penal

La cláusula penal y las multas son estipulaciones de carácter privado, que tienen como fin sancionar a la parte que incumple alguna de las obligaciones del contrato. La Ley 80 de 1993 impone a las entidades estatales realizar las acciones correspondientes para el cobro de las sanciones pecuniarias a que haya lugar por el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista. No hace parte del régimen de exorbitancia ya que, no son obligatorias y pueden pactarse a favor de ambas partes.

Una vez estudiadas las principales características de contrato aplicadas al contrato estatal, y habiéndose recalcado la íntima relación existente entre los

regímenes privado y público de contratación, se procederá a ahondar en el contrato de obra, por la importancia que este reviste como herramienta de concreción de los fines del Estado.

CAPITULO II CONTRATO DE OBRA

El Contrato Estatal como institución, comprende todos los contratos que celebre la administración tipificados en la Ley 80 de 1993, en el Código Civil o en el Código de Comercio. Sin embargo, resulta pertinente ahondar en el contrato de obra, por cuanto representa la modalidad contractual de mayor impacto en el crecimiento del país. Es para el Estado el instrumento idóneo para materializar fines estatales, tales como: el desarrollo industrial y mercantil del país originado por una mayor infraestructura, el impulso de ciertos sectores económicos o el aumento de puestos de trabajo.

Por estas razones es cierta la apreciación de FRANCO GUTIÉRREZ quien señala que “El contrato de obra pública tiene incidencia social” (2000, pág. 546). El contrato de obra es de gran importancia para la comunidad pues por medio de este se construye y se materializa la prestación de servicios, este contrato es indispensable para el cumplimiento de las funciones estatales porque “constituyen

la base de la infraestructura de las comunidades o conglomerados humanos, especialmente en la época moderna, donde la prestación de los servicios depende en todo de una adecuada inversión de los recursos oficiales en obras materiales de infraestructura” (Escobar Henríquez, 1999, pág. 58)

El estatuto general de la contratación remite al Código Civil y al Código de Comercio en todo aquello que no está regulado en este¹⁰. Por esta razón es importante realizar un pequeño estudio del contrato de obra desde una perspectiva civilista y comercial, analizando las obligaciones de las partes que celebran el negocio jurídico, las diversas modalidades de pago, y el concepto de ruina, como aspectos relevantes de los contratos de construcción.

Con lo anterior se pretende encontrar los fundamentos para la construcción de las nociones del contrato de obra pública que no se encuentran en la Ley 80 de 1993 y que son relevantes para este escrito.

1. EL CONTRATO CIVIL DE OBRA

El contrato de obra es un “acto jurídico en virtud del cual una persona se obliga para con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración y sin mediar subordinación ni representación” (Bonivento Fernández, pág. 577). De

¹⁰ Artículo 13, Ley 80 de 1993.

esta definición se puede inferir que el contrato de obra es bilateral, sinalagmático, oneroso, y el cual se caracteriza por la independencia del artífice de la obra.

Para la doctrina, “hay contrato de obra o empresa siempre que dos personas se obligan entre sí, la una a llevar a cabo una tarea o labor determinada, y la otra a pagar por ello a la primera un precio o remuneración, pero sin que aquella se ponga bajo el servicio, subordinación o dependencia de esta” (Gómez Estrada, 2008, pág. 364). LASARTE ÁLVAREZ define el contrato de obra como “aquel en cuya virtud una persona, contratista, se obliga a ejecutar una obra en beneficio de otra, comitente, que habrá de pagar por ella un precio cierto” (2008, pág. 280). Este tipo de contrato contiene una obligación de resultado, esto quiere decir que no basta con realizar todas las actividades necesarias o pactadas para realizar la obra sino que esta debe servir para el fin encomendado. OCHOA GONZÁLEZ señala que “el objeto de la obligación del artífice es la ejecución de una obra determinada, pero su obligación es de resultado; por consiguiente, el artífice no cumple si la obra no se ejecuta conforme a lo convenido aunque haya puesto de su parte mucha diligencia y mucho cuidado en la ejecución. (1988, pág. 243)

1.1. Obligaciones en el Contrato Civil de Obra

Las principales obligaciones que surgen en el contrato de obra son:

a) Para el artífice:

- La realización de la obra según lo estipulado en el contrato: la obra debe cumplir con el fin que motivo su realización. Señala el profesor BONIVENTO que la obra debe servir para el aprovechamiento normal y que esta debe ser entregada sin defectos que impidan su uso o le reste utilidad.
- Entregar la obra en el momento estipulado.
- Responder por los perjuicios que se causen en el incumplimiento o retardo correspondiente.

b) Para el dueño:

- Pagar el precio.
- Cooperar en la confección de la obra.
- Recibir la obra. “Conforme se desprende de los artículos 2058 y 2059 del Código Civil, la obra debe ser reconocida, esto es, aceptada y recibida por el que la encargo” (Gómez Estrada, 2008, pág. 371). No obstante lo anterior, la misma codificación en el artículo 2056 faculta al dueño de la obra hacer cesar de manera unilateral la ejecución del contrato, o sea, la realización de la obra. Debe en estos casos cancelar al artífice todos los costos, y pagar lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiere podido ganar en la obra.

El contrato de obra o empresa puede recaer sobre muchos actos, por ejemplo la realización de una pintura, el cantante que da un concierto, el albañil que resana un edificio, etc. Es de resaltar que de todas las posibilidades existentes donde se puede encontrar el contrato de obra, el legislador resaltó por su entidad la construcción de edificaciones. Este tipo especial de obra tiene un carácter de durabilidad, fortaleza y sobre todo funcionalidad, ya que su objeto es principalmente la prestación de un servicio – vivienda, local comercial, oficina —. Precisamente las características especiales de las edificaciones llevaron al legislador a reglar la construcción.

1.2. Contrato de construcción

Este contrato es una especie del contrato de obra, que por su entidad, está regulado, por las normas generales de la confección material de obra, así como por pautas y reglas especiales. LAFONT PIANETTA señala que estas reglas especiales son “las de inmutabilidad del precio, salvo pacto de reajuste; la posibilidad legal de aumento de precio por descubrimiento de vicio oculto de suelo que ocasione costos adicionales; la de responsabilidad en la adquisición por el personal que emplean en la construcción, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra; y la responsabilidad del artífice por vicio de la construcción o vicio del suelo que debió conocer por los daños ocasionados dentro de los diez años siguientes a su entrega, etc.” (2001, pág. 60)

El artículo 2060 del Código Civil, enumera las reglas claramente resumidas por el profesor LAFONT. Sin embargo, es necesario señalar, que estas reglas según lo contemplado en el artículo analizado, están dirigidas a regular contratos de construcción pactadas por precio único prefijado.

En los contratos de construcción de edificaciones el pago puede ser estipulado en tres formas, siendo estas las siguientes:

1.2.1. Precio Global

Este consiste en una suma única, fija y determinada antes del inicio de la ejecución de la obra, que pagará el dueño de la obra al artífice al momento de la entrega a satisfacción.

1.2.2. Precios Unitarios

Consiste en pactar el precio por el valor unitario de cada una de las partes más o menos homogéneas que componen la obra, y en relación con una unidad de medida. (Gómez Estrada, 2008, pág. 376)

1.2.3. Por presupuesto o por administración delegada

En estos casos el precio que el dueño de la obra pagará al artífice corresponde a un porcentaje prefijado por las partes sobre lo invertido en materiales y mano de obra. Por regla general el constructor no puede modificar o agregar a su arbitrio

los estipulado en las condiciones del contrato – detalles, modificación de planos, acabados—so pena de correr con los gastos que esto genere ya que el dueño de la obra no está obligado a pagar lo que no pidió.

1.3. La ruina en los contratos de construcción

El legislador hace mención en el numeral 3 del artículo 2060 a la responsabilidad del constructor por los vicios que presente la construcción o por los vicios del suelo que por sus conocimientos hubiera debido conocer e informar al dueño de la obra, señalando lo siguiente:

(...)

3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041.

(...)”

Este artículo se sustenta según GÓMEZ ESTRADA en dos obligaciones del constructor, en primer lugar es un “desestimulo a todo intento del constructor en economizar gastos de la construcción, utilizando materiales de mala calidad o deficiente mano de obra, para lucrarse al menor costo” (2008, pág. 381); en segundo lugar sostiene el autor que “el constructor asume una obligación de resultado” lo que obliga a este a la realización de la obra de manera optima, estable y duradera.

Esta regla tiene además de la connotación patrimonial una de tipo de orden público ya que una mala obra puede general accidentes, daño en espacio público, alteración de otras vivienda, entre otros.

Es muy hábil el legislador cuando en el mismo artículo 2060 establece que al dar la aprobación el dueño de la obra de que esta ha sido concluida de manera satisfactoria, no exime de responsabilidad al constructor por vicios ocultos, solamente el recibo indica que la obra fue entregada en su totalidad “con observancia de las reglas propias del arte de la construcción” (Gómez Estrada, 2008, pág. 382)

El artículo 2060 tiene una regla de especial importancia para el presente estudio, esta regla responsabiliza al empresario constructor de una edificación cuando este perece o amenaza ruina por algún vicio de la construcción, o del suelo cuando por su profesión este deba conocer, o por la deficiencia y mala calidad de los materiales empleados en la obra siempre y cuando no hayan sido suministrados

por el dueño de la obra, tal regla tiene una vigencia de 10 años, contados a partir de la entrega material de la obra o de cualquiera de sus etapas si las partes hubieran pactado así su entrega.

Teniendo en cuenta que el legislador no la definió, es necesario en este punto preguntarse ¿Qué es la ruina?

La ruina es entonces un hecho de deterioro definitivo de una construcción.¹¹ Sin embargo esta definición por ser tan restrictiva a tenido, principalmente en la doctrina y en la jurisprudencia foránea un gran desarrollo, con la finalidad de hacer efectiva la obligación del constructor de responder por el deterioro de una edificación. Por esta razón jurídicamente hablando, este concepto se emplea abarcando tanto el deterioro ya consumado, como también el estado previo de la construcción que amenaza ruina.¹² LASARTE ALVARES explica que cuando se hace relación a la ruina la jurisprudencia española esta no solo significa destrucción o desplome de la obra. El tribunal supremo ha llevado el concepto a un nivel funcional en donde debe entenderse por ruina daños parciales que hagan la obra inservible, inadecuada o inhabitable (2008, pág. 287).

Cabe precisar que en palabras de OCHOA GONZÁLEZ “la doctrina entiende por edificio no solamente lo que esta palabra significa en sentido restringido sino

¹¹ Diccionario de Derecho Urbanístico. Pons González, Manuel y Del Arco Torres, Miguel Ángel, Granda, 1988, Editorial Comares, página 355.

¹² Ibidem.

también toda obra de gran envergadura de las que corresponden a la arquitectura y a la ingeniería, tales como puentes, iglesias, residencias, edificios comerciales o industriales, monumentos, etc.” (1988, pág. 245)

1.3.1. Clases de ruina

1.3.1.1. Ruina total y parcial

De la lectura del numeral 3 del artículo 2060 del Código Civil se puede afirmar que el legislador reconoció la ruina total o parcial de edificaciones. La ruina total se presenta cuando tal estado afecta a la totalidad del inmueble o construcción. Por otro lado existe la ruina parcial se materializa cuando la amenaza de ruina o estado ruinoso afecta solo en parte a una edificación, parte que debe ser valorada de manera independiente del todo construido y que en principio no debe afectar a todo el inmueble.

1.3.1.2. Ruina Material

Supone el derrumbamiento físico de la construcción, en este momento la amenaza de ruina se materializa encontrándonos frente a un hecho consumado e irreparable.

1.3.1.3. Ruina Funcional

Esta clase de ruina contiene un ingrediente jurídico importante teniendo en cuenta que el estado de ruina existe aun cuando no está materializado con el derrumbamiento, caída o hundimiento de la construcción. El Diccionario de Derecho Urbanístico define la ruina funcional como aquella que comprende los graves defectos constructivos que, excediendo de las imperfecciones corrientes, hacen a la edificación inútil o básicamente insuficiente para su finalidad propia.¹³

1.3.1.4. Ruina técnica

Este tipo de ruina con una connotación técnico - jurídica se configura cuando la construcción presenta agotamiento generalizado en sus elementos estructurales o fundamentales.¹⁴ La ruina técnica se genera cuando los daños existentes en la construcción no son reparables técnicamente por los medios normales. (Ferrando Corell, 1994)

Revisados los conceptos básicos del contrato civil de obra entraremos a abordar este tipo contractual dentro del régimen del derecho público.

¹³ *Ibíd*em, pág. 351.

¹⁴ *Ibíd*em, pág. 354

2. EL CONTRATO DE OBRA EN EL DERECHO PÚBLICO

El contrato de obra pública fue precisado en un primer momento por el decreto 222 de 1983 – predecesor de la Ley 80 de 1993— que en su artículo 81 señalaba lo siguiente:

“ARTICULO 81. DEL OBJETO DE LOS CONTRATOS DE OBRAS. Son contratos de obras públicas los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público.”

La ley 80 de 1993 define el contrato de obra de la siguiente manera:

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

El Decreto 222 de 1983 al igual que el actual estatuto, limita este tipo de contrato a la realización de obras materiales sobre bienes inmuebles, señala la doctrina, que el contrato de obra supone la “construcción o creación material de un bien, o su mutación física, parcial o total, sustancial o superficial, con fines de aprovechamiento y no destructivos” (Bautista Müller, 1992, pág. 11).

Es usual y casi obligatorio que antes de la ejecución de las obras, se contrate un profesional para que realice los estudios necesarios para establecer y determinar las características de la obra, tales estudios no hacen parte del contrato de obra. Lo anterior es afirmado por el profesor ESCOBAR quien sostiene que “una cosa es la ejecución de la obra material, y otra muy diferente es el trabajo conceptual de consultoría realizado por quienes elaboran los proyectos... y por quienes ejercen la interventoría” (1999, pág. 59), continua el autor expresando que “una vez, establecidas las características técnicas de la obra, puede procederse a su realización material, esto es la ejecución de la construcción, reconstrucción, mejoras, adiciones, conservación, etc., sobre el correspondiente inmueble, para lo cual debe celebrarse el respectivo contrato de obra” (Escobar Henríquez, 1999, pág. 61)

2.1. Elementos del contrato estatal de obra

La doctrina identifica dentro del contrato de obra los siguientes elementos:

- a) Acuerdo de voluntades generador de obligaciones
- b) Participación de una entidad estatal
- c) Realización de trabajo material sobre inmuebles
- d) Existencia de pago

De las anteriores características es necesario destacar que el contrato de obra es un acto jurídico bilateral y que por lo tanto resulta de la confluencia de voluntades,

la del dueño de la obra (Estado) y la del contratista independiente, los cuales deben al igual que en el contrato civil de obra cumplir con las obligaciones emanadas del contrato, de la ley civil y comercial, así como de las disposiciones especiales consignadas en el estatuto de la contratación.

Un requisito *sine qua non* para identificar el contrato estatal de obra, es que el bien inmueble sobre el cual se efectúan las obras este revestido de carácter público. Adicionalmente el contrato debe tener un objeto y una causa que como ya se analizó, deben recaer y estar permeados en el interés general o en la prestación de un servicio público. Expresado de forma más certera “la obra es pública, por el servicio a que está destinada, sin lugar a ninguna otra consideración” (Franco Gutiérrez, 2000, pág. 546). Por esta razón, el dueño de la obra debe ser siempre una entidad pública, debido a que, la causa en la contratación pública debe ser la satisfacción del interés general o de una necesidad común.

El contratista generalmente es un particular aunque nada impide que otra entidad pública realizar las labores de constructor de la obra, estos casos son conocidos como contratos interadministrativos.

Señala BAUTISTA MÜLLER que además de ser una obra de carácter material debe esta tener un carácter positivo, es decir, debe tener como finalidad la construcción y no la destrucción de un bien¹⁵. Debe también el contrato de obra

¹⁵ Por medio del contrato de obra, se puede contratar la demolición de un bien, esto indica la destrucción del mismo, pero hay que considerar que esta labor se debe realizar con un

recaer sobre bienes inmuebles descartando por ende los bienes muebles los que para ser creados, arreglados o modificados para cumplir con un fin público debe celebrarse un tipo de contrato diferente por ejemplo la prestación de servicios. Para FRANCO GUTIÉRREZ los trabajos también pueden realizarse sobre obras “que una vez terminadas, adquieran el carácter de inmuebles, como por ejemplo la instalación de ductos para trasportar derivados del petróleo o productos agrícolas” (2000, pág. 545).

2.2. El pago en el contrato estatal de obra

El pago es indispensable en el contrato de obra pública por su contenido económico y sinalagmático, el contratista tiene entonces derecho al reconocimiento de las actividades realizadas y por ende a recibir un pago por retribución a la ejecución de su trabajo.

De especial cuidado es el tema del pago ya que existen distintas modalidades que varían jurídicamente la relación dueño – contratista, y que además modifican la responsabilidad de cada una de las partes dentro del contrato.

Se procederá entonces a analizar someramente las formas de pago más usuales y utilizadas dentro del contrato de obra. La doctrina identifica las siguientes:

fin constructivo, por ejemplo: la demolición de unas casas construidas en espacio público o, la demolición de un edificio que amenaza ruina.

- a) Por precio global.
- b) Por precios unitarios.
- c) Por administración delegada.
- d) Por concesión.
- e) Contratos llave en mano.

De las modalidades de pago antes mencionadas trataban leyes anteriores a la ley 80 de 1993 no de modo taxativo, más bien de tipo ejemplificarte. Estas formas de pago no fueron incluidas en el texto de la ley 80 de 1993, puede entonces apreciarse que el legislador consideró que el espíritu de la ley debía permitir cualquier modalidad de pago, siempre que fuera equitativo y acorde con los principios generales de la contratación administrativa.

Sin embargo la tradición y el frecuente uso de tales métodos no cayeron en desuso y es por esta razón que es necesario realizar un breve pero preciso paso por ellos, siguiendo la metodología introducida por ESCOBAR HENRÍQUEZ:

2.2.1. Por precio global o precio alzado

Son contratos por precio global aquellos en los que se pacta una suma global y fija de dinero que satisface los costos de la ejecución de la obra, honorarios y utilidades. En este tipo de contratos solo es posible la modificación del contrato mediante un contrato de adición que requiere toda la solemnidad del contrato inicial. Celebrar un contrato de obra pública a precio global, “crea para la entidad

contratante la obligación de pagar la suma convenida en el contrato al contratista, y para éste la obligación de entregar la obra contratada, en las condiciones y plazos convenidos” (Franco Gutiérrez, 2000, pág. 551).

Es necesario aclarar qué precio global no es sinónimo de pago en una sola cuota puesto que el artículo 40 de la ley 80 estipula que el anticipo no puede ser superior al 50% del valor total del contrato. La anterior premisa permite afirmar que el pago por precio global puede realizarse en un solo pago o en la cantidad de pagos parciales que las partes quieran acordar, siempre y cuando no se viole lo establecido por la ley.

Cuando se contrata por precio global se conoce el costo total de la obra desde el principio, o el aproximado de esta, lo que es de gran ayuda para las entidades contratantes ya que pueden hacer un uso racional de su presupuesto, sin embargo, puede presentar problemas en casos donde los estudios previos que sirvieron para determinar el valor total no hayan sido realizados de la manera correcta.

Cuando se presenta este tipo de irregularidad las partes pueden renegociar el valor inicial o bien pueden, y de hecho es más común su práctica, realizar un contrato adicional el cual no puede nunca ser mayor al 50% del contrato inicial.

2.2.2. Por precios unitarios

El artículo 89 del decreto 222 de 1983 definía al contrato a precios unitario como:

“aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resultan de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije...”

Manifiesta ESCOBAR HENRÍQUEZ que “esta forma de pago es la más utilizada en la contratación estatal de obras, gracias a su versatilidad y fácil adecuación a las realidades que suelen presentarse en el decurso de la ejecución contractual” sigue explicando el mismo autor que “su naturaleza está determinada por la peculiar forma de establecer el valor total del contrato el cual, por lo general, será uno al momento de su celebración y otro al terminarse.” (Escobar Henríquez, 1999).

Para determinar el valor en este tipo de contratos se deben discriminar las unidades o ítems de obra que se requieren para la ejecución de la obra, así como las cantidades de obra dentro de cada una de ellas. Por unidad de obra se debe entender una singularidad determinada de la obra, por ejemplo: Pavimentación. Cantidad de obra no es más que una unidad de medida que determina cuantas unidades de obra se requieren en total para la ejecución de la obra, v. gr. 24 kilómetros cuadrados de pavimentación.

Es imprescindible conocer la totalidad de ítems de obra así como en aproximado de las cantidades de obra, de otra manera el valor del contrato sería irreal y por lo tanto las ventajas de esta modalidad de pago no servirían de nada.

2.2.3. Por administración delegada

Este tipo de contrato de obra es completamente opuesto a los referidos anteriormente, su mayor diferencia radica en el contratista ejecuta la obra, “por cuenta y riesgo del contratante” según lo contemplaba el artículo 90 del Decreto 222 de 1983.

Explica el autor que “dentro de su mecánica operativa ocurre que el contratista ejecuta las obras con los fondos que le suministre la entidad contratante, y por esto, recibe una remuneración u honorario.” (Escobar Henríquez, 1999, pág. 102)

El contratista, más que un constructor es un administrador, comprometiéndose a la ejecución de la obra teniendo en cuenta los precios normales del mercado, respondiendo por los dineros entregados por el ente contratante, cumpliendo con los plazos estipulados en el contrato.

Contrario sensu de las formas de pago anteriormente estudiadas, en los contratos por administración delegada es la entidad contratante la que asume el peso de la obra, esto quiere decir, entre otras cosas, que los tiempos de construcción no solo dependen del contratista sino que dependen también de la velocidad con que el dueño de la obra desembolse el capital indicado para su ejecución. Así mismo, teniendo en cuenta las teorías civilistas, los daños sufridos en la construcción no imputables al contratista deben ser asumidos en su totalidad por el ente público ya que es este quien asume el riesgo de la misma.

El contratista es responsable por la correcta ejecución de la obra, por cumplir con los términos establecidos en el contrato, y por los subcontratos que deba realizar para cumplir con sus labores de constructor y administrador.

La doctrina con relación a los subcontratos señala que “se materializa cuando para la ejecución de una obra, el contratista de la administración a su vez contrata con un tercero la realización total o parcial de los trabajos a su cargo” (Escobar Henríquez, 1999, pág. 104).

2.2.4. Por concesión

El contrato de concesión está regulado por la ley 80 de 1993, establece la norma que la entidad estatal concede *“la prestación, operación, explotación, o gestión total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinados al servicio público, (...)”*.¹⁶

La norma citada autoriza a las entidades públicas a que cedan al particular la realización de obras públicas, para que estos la exploten, la administren y se beneficien económicamente de ella por un tiempo determinado. El concesionario no debe solamente ejecutar la obra material, está obligado por este tipo de contrato a prestar el servicio público, a conservar y mantener útil la obra y a realizar cualquier tipo de gestión en pro del bien común.

¹⁶ Ley 80 de 1993. Artículo 32 Numeral 4°

Este tipo de contrato surge por la necesidad del estado de realizar grandes obras, que requieren no solo de una gran inversión sino de conocimientos técnicos, administrativos y de mercados, que no siempre es manejado por el personal de las entidades públicas.

Suele pensarse que el inversionista privado no solo es mas calificado para la construcción de grandes obras sino que además protege mas su bolsillo, razón por la cual ejecuta la obra y satisface el servicio de la mejor forma posible, sabiendo de ante mano que la retribución es directamente proporcional a la calidad de la obra o del servicio público prestado.

El mencionado numeral 4° del artículo 32 del estatuto contractual señala acerca la remuneración que esta *“puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”*.

La Ley 80 de 1993 permite que en los contratos de concesión el pago se surta de cualquier forma legal posible. La esencia de esta modalidad de contratos de obra está diseñada para que las partes pacten una forma de pago distinta a la cancelación de una suma fija de dinero, con lo cual la entidad pública y los usuarios del servicio u obra, podrían obtener mejores provechos, ya que la obtención de utilidades estaría condicionado a realizar de sus trabajos de la mejor manera posible.

2.2.5. Contrato llave en mano

Este tipo de contrato o modalidad de pago, le da al contrato de obra la entidad que tiene dentro de la órbita el derecho privado, ya que permite que un solo contrato regule la ejecución de obras intelectuales y la ejecución de obras materiales, en cabeza del mismo contratista que las *financia en su totalidad*.

La ley establecía que “*el diseño, la financiación, la construcción, suministro, montaje e instalación de equipos y maquinarias, si fuere el caso, y la obligación del contratista de entregar la obra en funcionamiento.*”¹⁷ En palabras más sencillas, el contratista debía hacer todo lo pertinente para ejecución de la obra, partiendo desde el diseño, la elaboración de planos, anteproyectos y proyectos; para finalizar con la realización material de la obra de la misma manera que sucede en los contratos ya analizados.

Esta figura se podría asimilar a las Asociaciones Público Privadas (APP) creadas por la Ley 1508 de 2012 y las cuales comprenden “*el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.*” Esta modalidad contractual, a diferencia de los contratos llave en mano, supone el pago al contratista o inversionista privado en un porcentaje determinado por la operación y puesta en marcha del proyecto realizado.

¹⁷ Decreto 222 de 1983, artículo 247.

2.3. Terminación anticipada del contrato de obra

Las obras contratadas por la administración deben cumplir con el fin específico que motivó su realización, razón por la cual la entidad contratante debe velar por la correcta ejecución del contrato, etapa que se materializa con la entrega a satisfacción de la obra en los términos pactados y según las características requeridas por el dueño de la obra.

El vínculo jurídico entre la entidad contratante y el contratista independiente puede terminar por el cumplimiento a cabalidad de las obras contratadas, caso en el cual el contratista tiene el derecho a que la entidad reciba las obras y esta tiene por consiguiente la obligación de recibirlas. La entrega debe cumplir con los requisitos señalados por la entidad pública contratante, se debe suscribir el acta de entrega de obra en la cual se debe dejar constancia de las obras debidamente entregadas, la obligación de constitución de la garantía de calidad y estabilidad de la obra entre otros aspectos.

También pueden presentarse situaciones en las que la relación jurídica entre contratante y contratista se rompe o termine sin que la obra haya sido terminada o entregada, a continuación se estudiarán la terminación anticipada del contrato por decisión de la administración y la declaratoria de caducidad que pone fin a la relación contractual.

2.3.1. Por declaratoria de caducidad

Como se señaló en el capítulo anterior, la administración tiene la facultad de dar por terminado el contrato de obra de manera unilateral y de forma inmediata mediante la declaratoria de caducidad en caso de grave incumplimiento contractual. Tal declaratoria debe realizarse mediante acto administrativo en el cual se expresan los motivos aducidos por la administración para dar por terminado el contrato, deberá también contener la orden de liquidar el contrato independientemente del estado en el que se encuentre.

Las entidades públicas tienen límites para ejercer las potestades sancionatorias y exorbitantes. En primer lugar señala la jurisprudencia un límite temporal que impide que la caducidad sea declarada por fuera de la vigencia contractual, en sentencia del 10 de marzo de 2011 la sala de lo contenciosos administrativo del Consejo de Estado expreso lo siguiente:

*“fenecido el plazo o realizado el objeto contractual, se extingue el contrato y con él la facultad de la administración de darlo por terminado en ejercicio de potestades exorbitantes, al margen del incumplimiento contractual”.*¹⁸

Por ser una potestad sancionatoria, la caducidad debe declarada con responsabilidad y objetividad por la administración, por esta razón el artículo 18

¹⁸ Sentencia Consejo de Estado del 10 de marzo de 2011. C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Rad Interno 16856.

del Estatuto Contractual precisa que el incumplimiento que debe afectar la obra de manera grave. No se puede declarar la caducidad por incumplimientos menores que puedan ser corregidos por el contratista y que puedan ser sancionados por medio de la imposición de multas. La proporcionalidad en la caducidad, como limite a la potestad exorbitante, debe obedecer a la certeza de afectación grave del servicio o de su paralización. Es importante señalar que antes de declarar la caducidad del contrato de obra, la administración puede adoptar las medidas necesarias para garantizar la ejecución del contrato. De esta manera la entidad pública contratante puede concertar con el contratista incumplido o tomar medidas coercitivas con la finalidad de no declarar la caducidad y conseguir el cumplimiento del objeto contractual.

2.3.2. Por declaratoria de terminación anticipada unilateral

Al igual que el contrato civil, el contrato de obra pública puede terminarse anticipadamente por parte de la entidad pública contratante. Esta terminación unilateral no responde a incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones a su cargo, obedece a criterios objetivos y normativos manifestados en el estatuto contractual.

El Consejo de Estado señala con relación a la terminación unilateral lo siguiente:

“La terminación unilateral sólo tiene como propósito y efecto la finalización anticipada de un determinado contrato estatal, sin que ello signifique ni

pretenda desconocer y mucho menos deshacer todo lo que hasta ese momento se hubiere ejecutado con base en dicho contrato, amén de que tal decisión de terminación anticipada tampoco comporta reproche alguno para las partes o al menos para una de ellas, así sea implícito, respecto de los elementos existentes al momento del perfeccionamiento del respectivo contrato.”¹⁹

Dicha finalización anticipada puede declararse por las causas consagradas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, que responden a motivos de interés público o de situación de orden público; por situaciones que caen directamente sobre el contratista; o por declaratoria de nulidad absoluta del contrato según lo estipulado en el artículo 45 del mismo estatuto.

Por último cabe precisar que es deber de la administración pagar al contratista los trabajos realizados hasta el momento de la declaratoria de terminación unilateral anticipada.

2.3.3. Liquidación del contrato

La liquidación supone la etapa final del contrato de obra, consiste en un recuento o corte de cuentas de lo ejecutado, de los dineros pagados por el contratante y las cantidades de obra o construcciones realizadas por el contratista. LIBARDO

¹⁹ Sentencia Consejo de Estado del 2 de Mayo de 2007. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad Interno 15599.

RODRÍGUEZ define la liquidación como “una especie de resumen o balance de la ejecución que se presenta a su terminación, sea esta última normal o anticipada” (2005, pág. 435). Precisa el Estatuto Contractual en su artículo 60 que en el acta de liquidación debe constar los acuerdos, conciliaciones y/o transacciones realizadas por las partes con la finalidad de poner fin a cualquier divergencia presentada en el transcurso de la ejecución del contrato, para poder declararse a paz y salvo mutuamente.

La liquidación puede realizarse en primera instancia de común acuerdo dentro de un plazo máximo de cuatro meses, sin embargo la Ley 1150 de 2007 permite que la administración realice la liquidación de manera unilateral en los casos en los que el contratista no se presente a realizarla o cuando no logran las partes ponerse de según acuerdo.

Por último es muy importante señalar que en el acta de liquidación de los contratos de obra se exigirá la extensión o ampliación de las garantías requeridas según lo contratado, siendo la más relevante para el estudio de este trabajo y para la preservación y mantenimiento de las obras ejecutadas, la garantía de calidad y estabilidad de la obra.

Una vez examinados los aspectos relevantes del contrato de obra, entraremos a revisar las garantías que puede exigir la administración para proteger las inversiones que realiza para desarrollar sus fines.

CAPITULO III LAS GARANTÍAS EN EL CONTRATO ESTATAL

La garantía como institución nace de la necesidad de asegurar con mecanismos efectivos el reconocimiento y pago de los perjuicios económicos que resulten por el acaecimiento de un siniestro. Para la administración es indispensable contar con herramientas eficientes para proteger las altas sumas de dinero que son destinadas en la materialización de obras públicas.

En los contratos que celebra la administración coexisten distintos y diversos riesgos, los cuales son previstos por el legislador y que deben ser asegurados como requisito previo a la ejecución de los contratos e incluso con antelación a sus suscripción. Estos diversos riesgos serán observados en el presente capítulo haciendo un especial énfasis en la estabilidad de la obra por considerar que esta la protección de este riesgo es vital para la adecuada prestación de los servicios y

la restitución de los daños o pérdidas que por el mal funcionamiento de las obras pueden sufrir las arcas del Estado.

1. DEFINICIÓN DE GARANTÍA

En términos generales se puede definir la garantía como la acción dirigida a asegurar el cumplimiento de una obligación. Señala ALESANDRU RODRÍGUEZ que la garantía “es todo medio de seguridad (relativa) de lo que debido a su equivalente, aunque no suministrado o prestado, será por cualquier vía obtenido.” (Tratado de Derecho Civil, 1998)

Podemos ampliar la definición antes anotada incluyendo, además de lo no suministrado o prestado, aquello realizado de manera deficiente o que no corresponda a lo pactado.

2. FUNCIÓN DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Para que el Estado pueda garantizar la correcta ejecución de los contratos, el adecuado manejo de los recursos entregados a los contratistas y la responsabilidad que la realización de las actividades propias del contrato conlleva entre otros aspectos, debe acudir a distintos mecanismos de cobertura del riesgo. En las relaciones civiles y comerciales entre particulares las distintas clases de garantías como por ejemplo las pólizas de cumplimiento, de responsabilidad civil

extracontractual, los seguros de vida, la fianza o el aval, buscan como fin último proteger y restablecer el patrimonio del beneficiado con la garantía.

Cuando lo que está en juego es el patrimonio de la Administración, ésta debe resguardar con más recelo los recursos que le son entregados para satisfacer necesidades comunes o prestar servicios públicos. Los fines del estado deben cumplirse y “para estos fines la ley pretende aminorar estos riesgos imponiendo la constitución de una póliza que los garantice” (Matallana Camacho, 2005, pág. 221)

Debe realizarse especial énfasis en el carácter de beneficiario que la entidad contratante posea por la constitución de cualquier tipo de garantía, lo que implica que la relación existente entre la entidad que contrata y la aseguradora es extracontractual porque el verdadero vínculo en el contrato de seguro surge entre el contratista y la aseguradora.

Prescribe el Estatuto de la Contratación en sus artículos 23 a 26 los principios que rigen este importante frente de acción del Estado. Encontramos de gran importancia y por consiguiente necesario resaltar el principio de economía establecido en el numeral 19 del párrafo primero del artículo 25 de la Ley 80, que hace relación a la obligatoriedad de las garantías en las distintas etapas contractuales las cuales tienen como fin u objetivo propender y proteger el interés general que demanda un contrato estatal. La importancia de este principio se ve reflejada en la protección del interés general y se presenta cuando se le exigen a los proponentes seriedad de los precios y en las ofertas que presentan ante las

entidades estatales en desarrollo de un proceso de selección; durante la ejecución del contrato; en el control de la calidad de los bienes que suministran; en la estabilidad de la obra que construyeron y en general en cualquier acción que pueda perjudicar a la entidad en razón a su solidaridad como dueño de la obra, el servicio o el bien. (Matallana Camacho, 2005, pág. 221)

BENJAMÍN BARBOSA resume en unas líneas la importancia de las garantías describiendo sus funciones, en los siguientes términos: “Cumplen un papel compulsivo, en la medida en que se constriñe al cumplimiento de las obligaciones. Tasan anticipadamente el valor de los perjuicios que se suponen sufriría el servicio como consecuencia del supuesto incumplimiento. Sirven de aval del pago de los posibles daños” (2004, pág. 328)

3. CARACTERÍSTICAS DE LAS GARANTÍAS

Para un mejor entendimiento del papel de las garantías en la contratación estatal se señalan sus principales características:

3.1. Irrevocabilidad

Una vez constituida a favor del Estado una garantía esta no puede revocarse, y el incumplimiento de las obligaciones del tomador no justifica el impago de lo asegurado.

3.2. Proporcionalidad

En concordancia con el concepto de equidad, la garantía fijada en los pliegos de condiciones o en los contratos estatales no puede ser superior a los riesgos que se aseguran.

3.3. Extracontractual

Esta característica hace relación a la calidad de beneficiario y no de tomador que tiene el Estado con la empresa aseguradora, quiere decir esto que no hay relación comercial entre las mencionadas partes.

3.4. Obligatoriedad

La constitución de garantías en los contratos estatales es imperativa y su exclusión de algún contrato puede dar lugar a la resolución del contrato o a declarar su caducidad.

No obstante lo anterior, la ley establece las excepciones a esta regla en los casos de celebración de contratos de empréstito, de contratos interadministrativos y en los contratos de seguros, los cuales no requieren constitución de garantías. Así mismo los contratos de mínima cuantía no requieren la constitución de éstas.

3.5. Intangibilidad

Las garantías deben permanecer inalterables e inmodificables durante el tiempo señalado o pactado.

4. MECANISMOS DE COBERTURA DEL RIESGO

El Decreto 1510 de 2013 modificó el régimen de las garantías en los contratos estatales establecido en el derogado Decreto 734 de 2012. Las garantías que puede una Entidad Pública establecer para cubrir los diferentes riesgos están señaladas en el artículo 111 del Decreto antes enunciado en los siguientes términos:

“Artículo 111. Clases de garantías. Las garantías que los oferentes o contratistas pueden otorgar para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones son:

- 1. Contrato de seguro contenido en una póliza.*
- 2. Patrimonio autónomo.*
- 3. Garantía Bancaria.”*

La reciente reglamentación eliminó de las clases de garantías aquellas contenidas en el Decreto 734 de 2012 tales como el endoso en garantía de títulos valores y el depósito en dinero en garantía. Lo anterior no implica en la práctica mayores

cambios teniendo en cuenta que los mecanismos de cobertura del riesgo excluidos no eran utilizados frecuentemente por los contratistas.

HERRERA BARBOSA expresa que en el ámbito de la contratación estatal se da prelación a las garantías personales limitando casi toda su actividad a la garantía expedida por una aseguradora o en menor proporción al aval bancario. Se podría sumar a los dos anteriores la fiducia mercantil la cual cobrará cada vez más fuerza debido a la inclusión del patrimonio autónomo en el Decreto 1510.

5. RIESGOS AMPARADOS

El Decreto 1510 de 2013, tomando la ampliación y clasificación puntual contenida el Decreto 734 de 2012, clasifica los riesgos que de manera general deben ampararse en los contratos celebrados por las entidades públicas, contenidos en los artículos 114 a 117 así:

5.1. Derivados del incumplimiento del ofrecimiento

La norma prescribe lo siguiente:

“Artículo 115. Garantía de los riesgos derivados del incumplimiento de la oferta. La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, en los siguientes eventos:

1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la Adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses.

2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.

3. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.

4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato.”

El inicio de un proceso de selección para adjudicar la ejecución de un contrato, representa para la entidad contratante el impulso de la maquinaria adecuada para cumplir con el objeto del contrato que se debe adjudicar, esto se traduce en altos costos discriminados en publicaciones, contratación de asesores, realización de pliegos de condiciones, celebración de audiencias y plazos muy cerrados. Por todo esto es indispensable imponer la obligación a los proponentes a garantizar que las ofertas presentadas y las condiciones de estas se cumplan. Nada lograría la Administración que adelanta un trámite necesario, dispendioso y preponderante, si quienes se presentan como oferentes abandonan el proceso de selección en cualquiera de sus etapas por simple capricho.

Conocida como la garantía de seriedad de la oferta, es “aquella en virtud de la cual se ampara la eventual negativa de suscribir el contrato por parte del sujeto al cual le ha sido adjudicado” (Escobar Henríquez, 1999, pág. 281). Esta garantía debe constituirse y presentarse por el interesado en participar en una licitación o concurso de meritos dentro de la propuesta, lo que supone que se trata de un requisito precontractual y amparara el riesgo de no celebración de contrato por parte del sujeto al que le fue adjudicado el contrato y opera cuando el contratista elegido para contratar, se niega a hacerlo. (1999, pág. 281)

El requerimiento para la constitución y presentación de esta garantía debe estar plasmada en los pliegos de condiciones y una vez introducida a la propuesta radicada en la entidad contratante debe permanecer vigente entre el inicio del proceso de selección que se materializa con la presentación de la oferta, hasta la terminación del proceso de selección que se materializa con la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo.

5.2. Derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales

Desde el momento en que las partes suscriben el contrato estatal e inclusive con posterioridad a su terminación y liquidación, coexisten distintas obligaciones a cargo del contratista que deben ser protegidas por medio de cualquiera de los mecanismos de cobertura del riesgo prescritos en el régimen contractual público. El Decreto 1510 realiza una diferenciación de las obligaciones y riesgos las cuales serán enunciadas a continuación:

5.3. Relativas al anticipo

El artículo 116 de la norma en comento prescribe lo siguiente:

“1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.

2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.”

La Administración una vez celebrado el contrato y con posterioridad a la constitución de las pólizas exigidas, entrega unos dineros al contratista independiente para que este pueda iniciar la ejecución del contrato. Con la cobertura del buen manejo e inversión del anticipo se busca evitar la malversación de dineros públicos y asegurar la debida inversión de los recursos, en caso de incumplimiento de tal obligación, el tercero que respalda la garantía está obligado a restituir la totalidad o la porción de los dineros malversados.

El Decreto 1510 distingue las garantías que deben ser constituidas para proteger los dineros entregados a título de anticipo de aquellas relativas al pago anticipado.

Al respecto ESCOBAR HENRÍQUEZ señala que “mientras que el anticipo es un préstamo que hace la entidad pública contratante al contratista con el objeto de que este haga las inversiones necesarias para la ejecución del contrato, el pago anticipado constituye el cumplimiento de la obligación” (Escobar Henríquez, 1999, pág. 289). Distinguir estos dos conceptos es importante porque la administración ejerce un mayor control sobre el anticipo y su debida utilización más no sobre el pago anticipado que por tener el carácter de contraprestación hace parte del patrimonio del contratista.

5.4. Relativas al cumplimiento del contrato

La norma prescribe lo siguiente:

“3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

(a) el incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

(b) el cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

(c) los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

(d) el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

Conocida por la mayor parte de la doctrina como garantía única de cumplimiento, tiene como función respaldar el cumplimiento de “todas y cada una de las obligaciones a cargo del contratista frente a la entidad estatal con ocasión del contrato, expedida por una compañía de seguros o un banco” (Escobar Henríquez, 1999, pág. 284), incluyendo los riesgos originados durante la celebración del contrato y hasta la terminación y liquidación del mismo, cuando estos requieren la realización de este último requisito.

En síntesis la garantía única de cumplimiento, con sujeción a los términos del respectivo contrato, deber cubrir de manera eficaz cualquier hecho, acción u omisión constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. (Matallana Camacho, 2005, pág. 222)

Durante la ejecución del contrato se pueden presentar una gran cantidad de riesgos propios de cada tipo contractual, ya sea, la construcción de la obra, la prestación del servicio contratado o la entrega de suministros o bienes adquiridos. Por lo anterior es menester que la Administración tenga la potestad de obligar a los terceros contratistas a la constitución de una garantía como mecanismo de coacción para la observancia de las obligaciones contractuales y además que permita, en caso de un eventual incumplimiento, el resarcimiento del perjuicio patrimonial que afecte la entidad contratante, sin tener que acudir a la jurisdicción administrativa para ello.

Por lo antes comentado, la aceptación de la garantía única por parte de la entidad contratante es indispensable para que el contrato pueda ejecutarse, y constituye la suficiencia de esta para amparar o cubrir los riesgos amparados.

A partir de su aprobación puede empezar a ejecutarse el contrato principal y por consiguiente se hace latente el riesgo con cargo a la aseguradora. En la eventualidad de que el contrato comience su ejecución y ocurra un siniestro asegurable la aseguradora no estará obligada si no se ha sido aprobada la póliza.

Esta garantía corresponde a la inejecución o ejecución defectuosa de cualquier obligación, y comprende por tanto el amparo del riesgo anticipado. Por disposición de la norma y a diferencia de la póliza de cumplimiento que puede constituirse en los contratos celebrados entre particulares, este amparo comprende el pago de multas impuestas al contratista así como la cláusula penal pecuniaria en caso de ser impuestas por la entidad estatal. Cabe manifestar que para el pago de estas por parte del asegurador, la entidad no está obligada a demostrar los perjuicios, simplemente debe realizar su tasación atendiendo lo pactado en el contrato y de forma proporcional al incumplimiento.

5.5. Relativas a la solidaridad laboral

La norma prescribe lo siguiente:

“4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.

La Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.”

Debido a la solidaridad laboral que existe entre el dueño de la obra y el artífice²⁰ es indispensable contar con protección especial y adecuada en caso de reclamaciones o demandas por perjuicios derivados de accidentes de trabajo, despidos injustificados y en general cualquier conflicto que pueda originarse entre el contratista y los empleados destinados directa o indirectamente a la ejecución del objeto contractual.

5.6. Responsabilidad civil extracontractual

La norma prescribe lo siguiente:

“Artículo 117. Cubrimiento de la responsabilidad civil extracontractual. La Entidad Estatal debe exigir en los contratos de obra, y en aquellos en que

²⁰ Artículo 34 Código Sustantivo del Trabajo

por su objeto o naturaleza lo considere necesario con ocasión de los Riesgos del contrato, el otorgamiento de una póliza de responsabilidad civil extracontractual que la proteja de eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que surja de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista.

La Entidad Estatal debe exigir que la póliza de responsabilidad extracontractual cubra también los perjuicios ocasionados por eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que surjan de las actuaciones, hechos u omisiones de los subcontratistas autorizados o en su defecto, que acredite que el subcontratista cuenta con un seguro propio con el mismo objeto y que la Entidad Estatal sea el asegurado.”

En los contratos donde es necesario, por la naturaleza misma del objeto, la realización de trabajos materiales que implican un riesgo para la seguridad de las personas o su patrimonio, es menester que el contratista constituya una garantía de responsabilidad civil extracontractual. La cual “tiene por finalidad cubrir las sumas que deban pagarse por siniestros de éste orden en ejecución de un contrato” (Herrera Barbosa, 2004, pág. 335).

Esta garantía procede principalmente en los contratos de obra, en los cuales el índice de afectación a terceros por la ejecución de trabajos puede ocasionar eventualmente demandas de reparación directa que por practica litigiosa suelen se

presentarse en contra de la entidad propietaria de la obra y en contra del contratista independiente. En términos del artículo 1127 del Código de Comercio, esta póliza impone al asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que causa el asegurado con motivo de determinada responsabilidad y tiene como propósito y finalidad el resarcimiento de la víctima.

Por último cabe señalar que el artículo 114 del Decreto 1510 de 2013 impone la obligación al contratista de amparar este riesgo únicamente mediante la constitución de una póliza de responsabilidad civil extracontractual expedida por la suscripción de un contrato de seguro.

5.7. Relativas a la calidad de lo contratado

Dependiendo del tipo de contrato así como del objeto del mismo, la entidad está en la obligación de procurar por medio de los diferentes mecanismos de cobertura del riesgo, que el contratista ejecute el contrato bajo los más altos estándares de calidad. El cumplimiento de la anterior premisa es indispensable para que la administración pueda garantizar la satisfacción de los servicios públicos y el cumplimiento de los fines del estado. Las garantías que se desprenden de lo anterior son las siguientes:

5.7.1. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados

La norma transcribe lo siguiente:

“Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.”

Como se ha señalado en varias oportunidades la administración puede celebrar cualquier tipo de contrato, el cual se considera estatal por tener como parte a una entidad pública.

Cuando los contratos tienen por objeto la compra, adquisición o suministro de bienes o equipos, la entidad estatal debe velar porque la calidad de los elementos adquiridos sea la adecuada y la solicitada. La legislación comercial regula la garantía mínima que los proveedores de bienes deben entregar a los consumidores, sin embargo para la administración, estas prerrogativas deben estar revestidas de mecanismos de inmediato reconocimiento e indemnización característico de la póliza de seguro.

Se entienden también incluidas dentro de este amparo “las obligaciones de garantía de buen funcionamiento por un tiempo determinado, garantía de actualización tecnológica de equipos u suministros en caso de programas,

garantía de suministro oportuno y a precios razonables de repuestos y accesorios, mantenimiento y servicios, transferencia de conocimientos y tecnología” (Herrera Barbosa, 2004, pág. 334)

5.7.2. Calidad del servicio

La norma transcribe lo siguiente:

“6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado.”

Cubre a la administración contra los daños y perjuicios que pueda sufrir a causa de la mala calidad de los servicios prestados, entendiendo mala calidad como las deficiencias o el incumplimiento de las especificaciones o requisitos mínimos establecidos en un contrato de prestación de servicios.

Esta póliza es fundamental en los contratos de consultoría para la realización estudios y diseños así como en los contratos de interventoría.

5.7.3. Estabilidad y calidad de la obra

La norma transcribe lo siguiente:

“5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.”

Tiene como objeto proteger a la entidad contratante en caso de amenaza de ruina o defectos constructivos que imposibiliten que la obra cumpla con el objeto para la cual fue edificada. Por lo mencionado en líneas anteriores, la garantía de calidad y estabilidad de la obra cuyo desarrollo e implementación en la regulación del contrato estatal, está dirigido preferentemente y casi exclusivamente a los contratos de obra, constituye un pilar fundamental en pro del cumplimiento de los fines del Estado y el cumplimiento de principios constitucionales y legales.

5.7.3.1. Suficiencia de la garantía de calidad y estabilidad de la obra

Con relación a su suficiencia la garantía de calidad y estabilidad de la obra sufrió una importante modificación con la entrada de la Ley 80 de 1993 y la expedición de los decretos reglamentarios 4828 de 2008, 734 de 2012 y 1510 de 2013.

El Decreto 222 de 1983 establecía que el término de vigencia de las diferentes garantías debía ser establecido y reglamentado por la Contraloría General de la Nación, señalando que este lapso bajo ninguna circunstancia podía ser inferior al plazo de ejecución y liquidación del contrato²¹.

²¹ Artículo 69 Decreto 222 de 1983.

Este organismo reglamentó en primera instancia, la suficiencia de la garantía de calidad y estabilidad estableciendo que su vigencia no podía ser inferior a 2 años ni superior a 5 y que la Entidad contratante era la encargada de señalar en el contrato dicho periodo dependiendo el tipo de obra contratada.²²

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 80, se profirió el Decreto 4828 de 2008 que estableció en el artículo 7.6 que la estabilidad de la obra debía garantizarse por un término no inferior a 5 años. Así mismo el Decreto 734 de 2012, que derogó la norma anterior, prescribe el valor y la vigencia que debe tener la garantía de estabilidad de la obra en los siguientes términos:

“Artículo 5.1.7. Suficiencia de la garantía. Para evaluar la suficiencia de la garantía se aplicarán las siguientes reglas:

(...)

5.1.7.6 Estabilidad y calidad de la obra. El valor de esta garantía se determinará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato. Su vigencia se iniciará a partir del recibo a satisfacción de la obra por parte de la entidad y no será inferior a cinco (5) años, salvo que la entidad contratante justifique técnicamente la necesidad de una vigencia inferior.”

²² Resolución 10500 de 1984 Contraloría General de la Nación.

Sin realizar modificaciones sustanciales el Decreto 1510 de 2013, mediante el cual se derogó nuevamente el régimen de garantías en la contratación pública, señala:

“Artículo 123. Suficiencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra. Esta garantía debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra. La Entidad Estatal debe determinar el valor de esta garantía en los pliegos de condiciones de la Contratación, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato.

La Entidad Estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato.”

Es menester precisar que la disposición antes transcrita no debe ni puede ser interpretada aplicando un criterio restrictivo. Cuando la norma establece que la garantía “no inferior a 5 años”, busca señalar un mínimo de la vigencia del cubrimiento del riesgo y no establecer, como lo han manejado las entidades públicas, los contratistas y las aseguradoras, un límite máximo de cobertura. En la práctica se encuentra que tanto pliegos de condiciones como contratos exigen la constitución de esta garantía por un término prefijado de 5 años independientemente del objeto, la relevancia o la cuantía de la obra y sin realizar

un análisis objetivo que le permita a la entidad establecer para cada obra en particular el lapso adecuado de cobertura de la correspondiente garantía.

El gran desarrollo que tuvo esta garantía con relación a lo dispuesto en el Decreto 222 de 1983 fue precisamente permitir a las entidades contratantes garantizar el cumplimiento de esta obligación dentro de un lapso mayor a los 5 años, por qué, como ya quedo claro al citar dicha norma, la garantía de estabilidad y calidad gravitaba entre los 2 y los 5 años.

Interpretando las disposiciones posteriores al Decreto 222 a la luz de los principios de la contratación estatal, es viable afirmar que los 5 años son el plazo mínimo de vigencia y el máximo debe sujetarse a lo pactado por las partes y/o a criterio de la entidad dependiendo de la obra a contratar.

En otras palabras, lo que la norma quiso apuntar es que por regla general, en los contratos de obra o en aquellos en que esta garantía fuese necesaria, su vigencia mínima sería de 5 años, y que este término puede aumentarse proporcionalmente atendiendo a factores tales como valor de la inversión, importancia y finalidad de la obra, aspectos que revisten la construcción de infraestructura vial.

Lo anterior cobra mayor sentido cuando se interpreta a la luz de los principios orientadores de la contratación estatal y en especial los de economía y transparencia. A continuación se analizan los principios mencionados.

La Ley 80 de 1993 prescribe lo siguiente con relación al principio de economía:

“Artículo 25º.- Del Principio de Economía. En virtud de este principio:

(...)

3o. Se tendrán en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

(...)”

Po su parte, con relación al principio de responsabilidad, prescribe lo siguiente:

“Artículo 26º.- Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio:

1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

(...)

8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado”.

Como se puede apreciar, las entidades públicas están obligadas a optimizar los recursos con los que cuenta así como a utilizar todos los elementos que seguridad y protección sobre las obras que contratan en pro de la prestación efectiva de los servicios públicos y el cumplimiento de los fines estatales. Por lo anterior establecer un término limitado para la cobertura de la garantía de calidad y estabilidad sin ningún tipo de análisis cualitativo va en contravía de lo establecido en el estatuto Contractual.

6. REMISIÓN A NORMAS CIVILES REFERENTES A LAS GARANTÍAS

Como se ha manifestado en varias oportunidades, el Artículo 13 de la Ley 80 de 1993 remite de forma expresa a la normatividad civil y comercial en los aspectos que no están regulados o reglamentados y que complementan el régimen de contratación, incluyendo lo relacionado a las garantías para cada caso en particular.

Con la implementación de esta disposición se intenta llenar los vacíos y otorgar a las entidades y a los operadores jurídicos las herramientas que permitan alcanzar los fines que se buscan con las garantías en la contratación estatal.

6.1. Normas civiles relativas a la estabilidad de edificaciones

En el capítulo segundo del presente escrito se desarrolló el alcance del artículo 2060 del Código Civil, en cuanto a la protección especial y suficiente con la que el legislador protege los intereses e inversiones de los dueños de edificaciones en caso de vicios constructivos, falta de previsión de la calidad y características del terreno, o en la utilización de materiales de deficiente calidad.

En el mismo sentido, recientemente se expidió el Estatuto del Consumidor²³, que tiene por objeto señalar las pautas que deben seguir productores, distribuidores y vendedores o prestadores de bienes y servicios y su interacción con los consumidores. Esta ley fija parámetros de calidad que deben ser implementados por expresa disposición legal en la contratación estatal. Prescribe en el inciso 5 del artículo 8, que el término de la garantía legal para los inmuebles comprende la estabilidad de la obra por un término de 10 años.

6.2. Aplicación del artículo 2060 del Código Civil en la contratación estatal

En varias oportunidades el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la procedibilidad de la aplicación del artículo 2060 en los contratos de obra celebrados entre la administración y los particulares.

²³ Ley 1480 de 2011.

Para el más alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es claro que los contratistas independientes están obligados a garantizar la estabilidad de las obras en los mismos términos regulados por la legislación civil. En fallo del mes de julio de 1997 con ponencia del Doctor Carlos Betancur Jaramillo, el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

“De ser cierto que el contratista de una obra pública, con la liquidación del contrato, se libera de responder por la estabilidad de la misma y su buena calidad, habría que aceptar dos tesis francamente inaceptables. La primera, que la administración contratante no podrá instaurar, luego de la liquidación acción de perjuicios contra el contratista por la obra que perece o amenaza ruina, bien por vicios en la construcción o en los materiales utilizados o por vicios en el suelo que debió conocer, porque esa liquidación purgó cualquier vicio en la construcción; o, en otras palabras, que luego de la liquidación el contratista no será responsable por la construcción de la obra. Y la segunda, que la estabilidad de la obra y su buena calidad no son obligaciones emanadas del contrato porque el art 2060 del c.c., en sus nls 3 y 4, sólo opera en el derecho privado y para las obras contratadas entre particulares.

Las afirmaciones precedentes no tienen justificación alguna, por desconocer los efectos de los contratos y de las obligaciones emanados de los mismos. Los contratos se celebran para su recto y cabal cumplimiento; y en los contratos de obra pública ese cumplimiento es de

*interés general; y la aceptación inicial que se haga por el dueño de la misma durante la diligencia de entrega, no le impedirá a éste exigirle al constructor que le responda en el futuro por su estabilidad y buena calidad de los materiales utilizados. De allí que si nadie discute esa facultad en el campo del derecho privado, frente a las obras públicas es más evidente esa exigencia porque en éstas está involucrado, como se dijo, el interés general.*²⁴

La anterior argumentación del Consejo de Estado es suficiente para ratificar la influencia que la norma civil tiene en la regulación de la garantía de calidad y estabilidad de la norma, y cómo en efecto las medidas de protección a favor de los particulares que contratan la realización de una obra debe incrementarse cuando el propietario es el Estado.

7. GARANTÍA DECENAL EN LOS CONTRATOS DE OBRA DE INFRAESTRUCTURA VIAL

Como se ha señalado en del presente trabajo, ni el Decreto 734 de 2012 ni el 1510 de 2013, buscan limitar a 5 años la vigencia de la garantía de estabilidad de la obra. En consideración a lo anterior y teniendo en cuenta la importancia de la inversión en estructura vial, las diferentes entidades deben, a la luz de los principios de la contratación estatal, las normas de protección al consumidor y la

²⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejo de estado. Exp 9286. Julio 10 de 1007 C.P. Carlos Batancur Jaramillo.

garantía decenal que permea la construcción de edificaciones, incluir en los contratos que celebren para la adjudicación de este tipo de obras una póliza de calidad de estabilidad y buen funcionamiento de las obras con una vigencia de 10 años.

El aumento de la vigencia de esta garantía es viable a la luz del ordenamiento jurídico partiendo del alcance doctrinal y técnico del término edificación que incluye la totalidad de obras de ingeniería y arquitectura que por su dificultad requieren la aplicación de técnicas constructivas específicas y las cuales son vulnerables y sujetas de amenazar ruina que aunque no se materializa con la destrucción o el desplome de la estructura afecta su funcionamiento impidiendo el uso para lo cual fue construida.

La protección en esta clase especial de obras debe ser ampliado ya que su inversión constituye uno de los rubros más altos dentro del presupuesto de la Nación, de los departamentos y municipios, es el destinado a obras de infraestructura vial. Dentro del Presupuesto General de la Nación para la vigencia 2011 – 2012, se proyectaron \$7.8 billones de pesos para inversión por parte del Ministerio de Transporte.²⁵ A nivel nacional tanto el Ministerio de Transporte, el Instituto Nacional de Vías – INVIAS y la Agencia Nacional de Infraestructura, preparan la más grande apertura de licitaciones (Cuarta Generación) para la

²⁵ Comunicado de Prensa 42, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, disponible en: <http://www.minhacienda.gov.co/portal/pls/portal/docs/1/5822810.PDF>, consultado: 3 de mayo de 2013.

construcción y rehabilitación de aproximadamente 8.170 kilómetros de carreteras que incluye túneles, variantes y glorietas entre otras obras civiles.

Solamente en la ciudad de Bogotá tienen presupuestados para la construcción, repavimentación y adecuación de la malla vial de la ciudad \$450.000 millones para la vigencia 2013.²⁶

La magnitud de la inversión en infraestructura vial obedece a que las carreteras son el principal factor de crecimiento y evolución económica de un país. La industria, el comercio, la inversión extranjera y el empleo formal dependen del estado y funcionamiento óptimo de este importante canal de comunicación y desarrollo. Así mismo, parte del desarrollo económico, cultural y social de las regiones depende de la existencia de vías de acceso y transporte adecuadas. La estructura centralista del Estado exige medios de comunicación y transporte eficientes, que permitan la cohesión y el acercamiento de los municipios más alejados e incomunicados. Las carreteras constituyen así, piezas determinantes en una estructura de desarrollo económico y político.

Realizando un paralelismo, las grandes edificaciones para vivienda, comercio e industria son determinantes para el crecimiento de las ciudades, razón por la cual amerita una protección especial. Así mismo las obras de infraestructura vial requieren que el Estado en toda su magnitud adopte todas las medidas

²⁶ El Tiempo.com. 3 de enero de 2013, disponible en: http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12490925.html, consultado: 3 de mayo de 2013.

preventivas, correctivas e indemnizatorias para procurar que los contratistas ejecuten este tipo de obras con los mejores materiales y las mejores técnicas constructivas, entre otros factores.

CONCLUSIONES

Las diferentes normas que nutren el derecho contractual administrativo han estado orientadas a regular los aspectos propios de su actividad y especialidad. Por lo tanto, las disposiciones y premisas del derecho común son indispensables para amalgamar las dos instituciones.

En este orden de ideas, se puede afirmar que sin las normas del Código Civil y del Código de Comercio el contrato estatal sería difuso y lleno de lagunas jurídicas que impedirían la realización de los fines del Estado.

Por lo antes anotado es viable interpretar las disposiciones de la Ley 80 de 1993, sus respectivos decretos reglamentarios, o las demás leyes concordantes y complementarias, a la luz de disposiciones aplicables a los contratos suscritos entre particulares.

Admitir la premisa anterior, hace posible ampliar la cobertura de la garantía de calidad y estabilidad de la obra, que para las entidades contratantes difícilmente es superior a los 5 años, acogiéndonos a las teorías de responsabilidad en cabeza de los constructores de obras civiles quienes permanecen ligados a la estabilidad de sus creaciones durante 10 años.

Por último, aunque no menos importante, las líneas y las ideas esbozadas en este trabajo, las cuales requerirán muchas más horas de estudio, lectura y análisis, pretenden hacer valer la garantía decenal a los contratos de obra de infraestructura vial, basándose en criterios técnicos y jurídicos que permiten afirmar que dichas obras son complejas elaboraciones de la ingeniería y la arquitectura que las encuadran dentro del amplio concepto de edificación. Por lo tanto las obras viales son susceptibles de perecer ruina, una de tipo funcional y no material como la que prevé el Código Civil, pero que conlleva también a perseguir al contratista para que repare o indemnice el daño.

REFERENCIAS

Alessandri Rodríguez, A., Somarriva Undurraga, M., & Vodanovic, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Angarita Gomez, J. (2004). *Lecciones de derecho civil*. Bogotá: Temis.

Ayala Caldas, J. E. (1999). *Elementos del Derecho Administrativo General*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.

Bautista Müller, P. J. (1992). *El contrato de obra pública. Arquetipo del contrato administrativo*. Bogotá: Canal Ramirez antares Ltda.

Bercaitz, M. Á. (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Bonivento Fernández, J. A. (2008). *Los principales contratos comerciales*. Bogotá: Librería del profesional.

Escobar Henríquez, A. B. (1999). *El contrato estatal de obra*. Bogotá: Gustavo Ibañez.

Escobar, L. C. (1992). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago de Chile: Editoria jurídica de Chile.

Fernández de Velasco, R. (1927). *Los Contratos Administrativos*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

Ferrando Corell, J. V. (1994). *Edificios Ruinosos*. Madrid: Civitas S.A.

Franco Gutierrez, O. (2000). *La contratación administrativa*. Bogotá: Gustavo Ibañez.

Gómez Estrada, C. (2008). *De los principales contratos civiles*. Bogotá: Temis.

Herrera Barbosa, B. (2004). *Contratos Públicos*. Bogotá: Gustavo Ibañez.

Lafont Pianetta, P. (2001). *Manual de contratos, panorama de la negociación y contratación contemporánea. Tomo I*. Bogotá D.C.: Librería del Profesional.

Lamprea Rodriguez, P. A. (2007). *Contratos Estatales*. Bogotá: Temis.

Lasarte Álvarez, C. (2008). *Contratos, principios de derecho civil III*. Madrid: Marcial Pons.

Matallana Camacho, E. (2005). *Manual de contratación de la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Matallana Camacho, E. (2005). *Manual de contratación de la administración pública Ley 80 de 1993: una explicación de sus principales instituciones a partir de la exposición de motivos de la ley; la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa y la doctrina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ochoa González, G. (1988). *Contratos Nominados Civiles*. Medellín: Señal Editora.

Ospina Fernández, G., & Ospina Acosta, E. (1998). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis.

Palacio Incapíe, J. A. (2005). *Derecho procesal administrativo*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.

Pino Ricci, J. (2005). *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez Rodríguez, L. (2005). *Derecho Administrativo General y Colombiano*.
Bogotá: Temis.

Scognamiglio, R. (1996). *Teoría general del contrato*. Bogotá: Universidad
Externado de Colombia.