

# EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL



Imágenes extraídas de google, Corina Duque A.

# 1. Fines de la contratación estatal



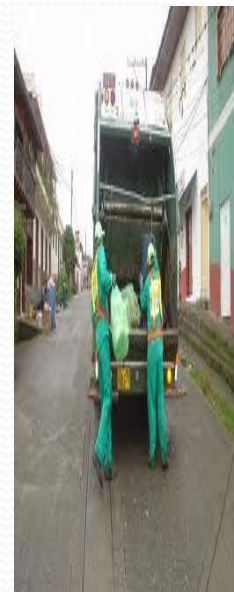
Buscar el bien común

Fines del Estado por mandato constitucional.

“Fortalecer la unidad de la nación, asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz”.

# 1. Fines de la contratación estatal

- Artículo 3 Ley 80 de 1993: DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.
- Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta, al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social, que, como tal, implica obligaciones”.



## 2. Principios aplicables a la contratación estatal

2.1. Principios generales del derecho

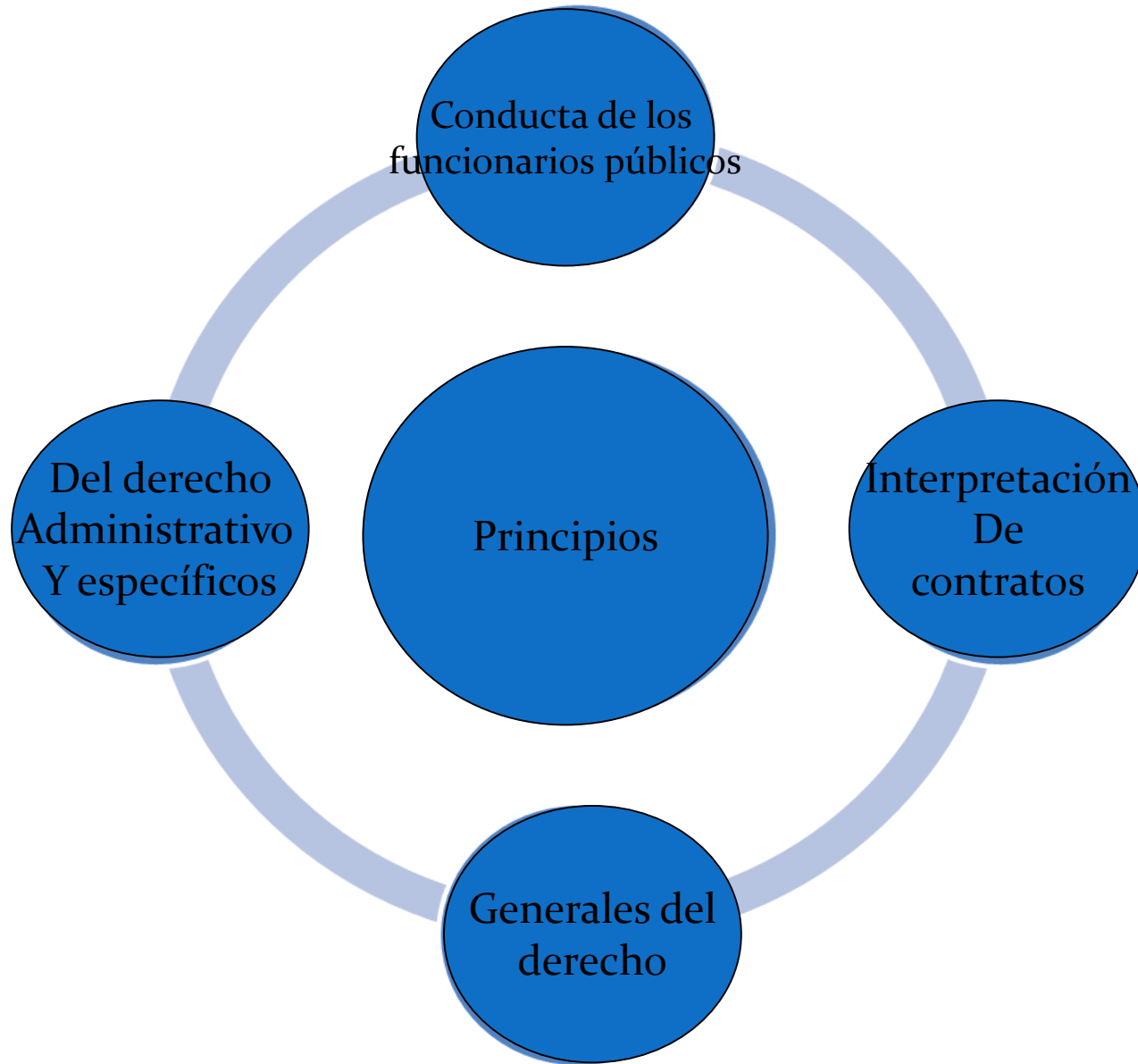
2.2. Principios sobre la interpretación de los contratos

2.3. Del derecho administrativo

2.4. Principios específicos.

2.5. Principios relacionados con la conducta de los funcionarios





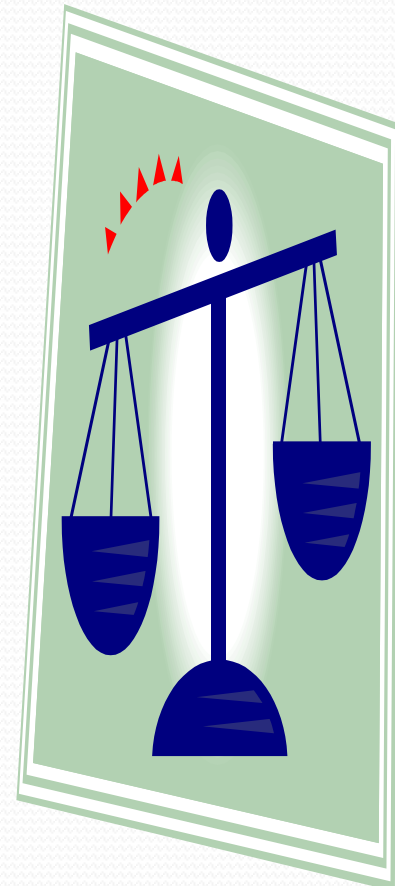
# PRINCIPIOS

Son criterios que en un momento determinado permiten adoptar una posición, bien sea de aceptación o de rechazo, son fruto del consenso de una comunidad.



## 2.1. Principios generales del Derecho

- Buena fe de las partes
  - Enriquecimiento sin causa
  - Error común
  - Abuso del derecho
- 
- En los contratos: autonomía de la voluntad y consensualidad (consenso)



## 2.2.Principios sobre interpretación de los contratos

- Cumplimiento de los fines estatales, eficiencia en la prestación del servicio y efectividad de los intereses de los ciudadanos e interés público.
- Interpretación legal
- Interpretación privilegiada
- Interpretación judicial.

## 2.2. Principios de Interpretación de los contratos

### CODIGO CIVIL

**Art. 1618.-** “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella, más que a lo literal de las palabras.”

**Art. 1619 .-** “Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicaran a la materia sobre la que se ha contratado.”

**Art. 1620.-** “ El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

# Interpretación de los contratos

## CODIGO CIVIL

**Art. 1621.-** “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las clausulas de uso común se presumen aunque no se expresen”

**Art. 1622.-** “Las clausulas de un contrato se interpretaran unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia

O por la aplicación práctica que se hayan hecho de ellas ambas partes con aprobación de la otra parte”

# Interpretación de los contratos

## CODIGO CIVIL

**Art. 1623.-** Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.”

**Art. 1624.-** “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretaran las cláusulas ambiguas a su favor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretaran contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que hay debido darse por ella.”

## Artículo 13 Ley 1150 de 2007

“Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de la Contratación Pública, aplicaran en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, **los principios de la función administrativa, y de la gestión fiscal** de que tratan los arts. 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán **sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades** previsto legalmente para la contratación estatal.”

## 2.3. Principios del Derecho Administrativo, Decreto 01 de 1984

- Economía
- Celeridad
- Eficacia
- Imparcialidad
- Publicidad y contradicción

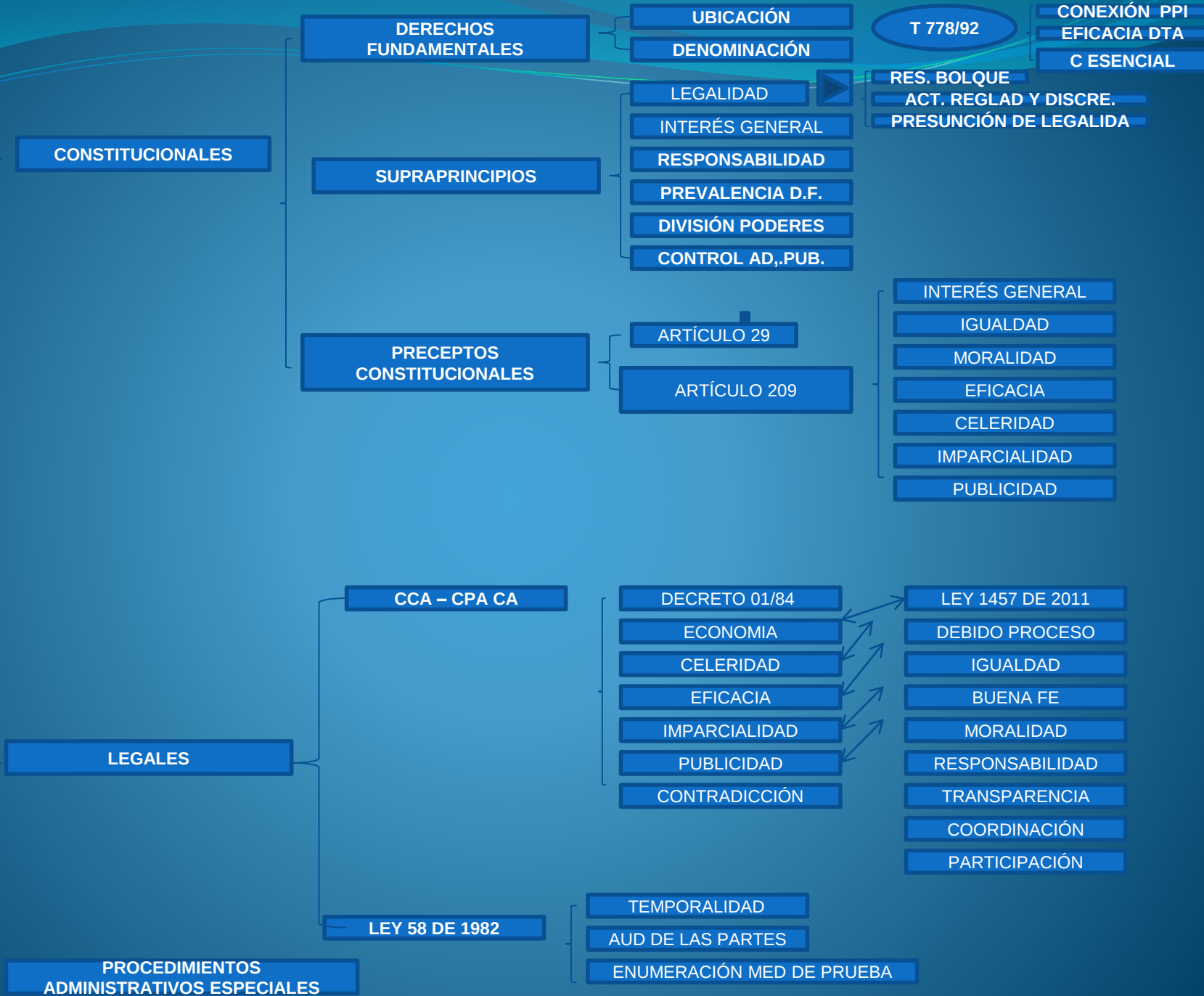


## 2.3. Principios del Derecho administrativo, Ley 1437 de 2011

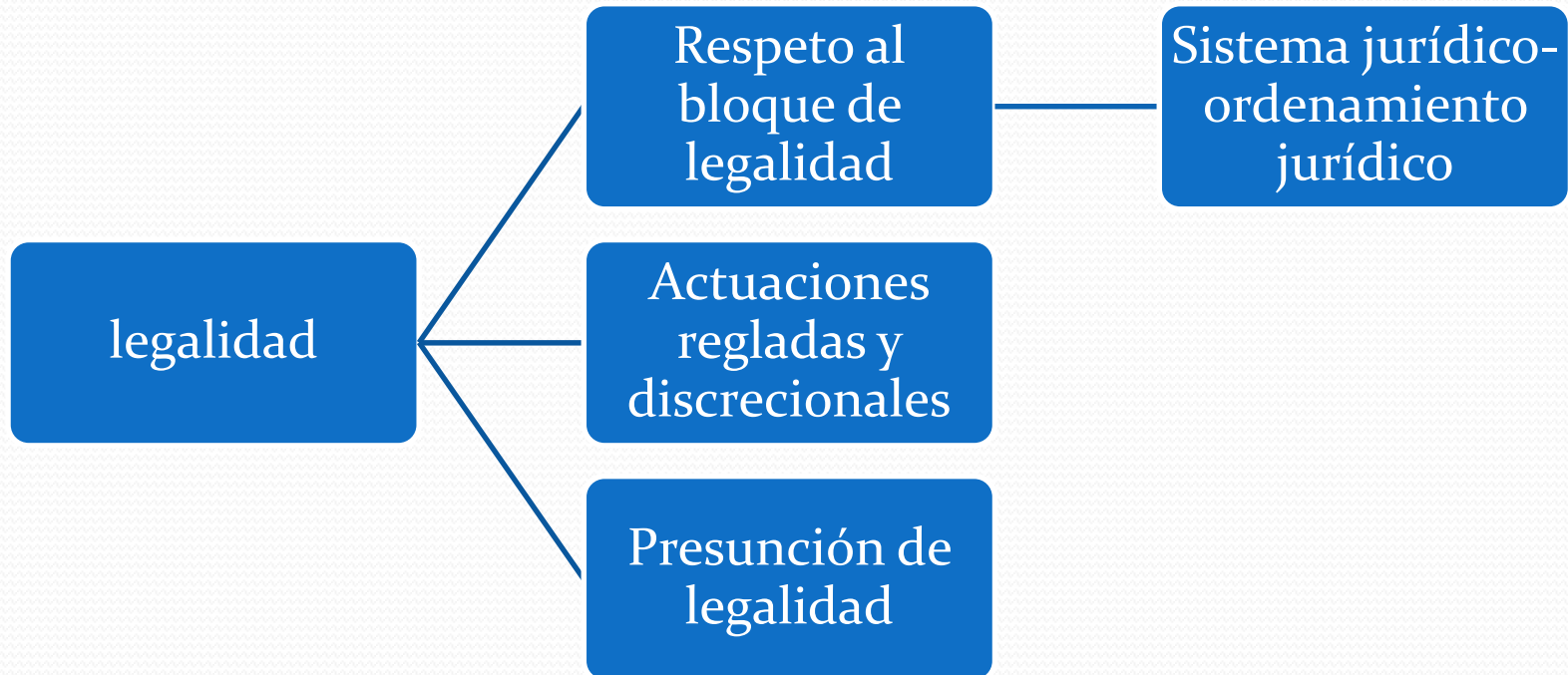
- Debido proceso
- Igualdad
- Buena Fe
- Moralidad
- Responsabilidad
- Transparencia
- Coordinación
- Participación



DOS GRANDES FUENTES DE PRINCIPIOS



# Principio de legalidad



# PRINCIPIOS DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA

## ART. 209 C. P.

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

## 2.4. Principios Específicos

- Transparencia: Selección objetiva.
- Economía:
  - Forma del proceso
  - Garantía de seriedad del Estado
  - Buena fe, garantías, silencio administrativo
- Principio de la ecuación económica y financiera del contrato: sinalagma contractual (equilibrio contractual)
- Responsabilidad:
  - Del Estado, del servidor público, del interventor, del contratista (disciplina, f, pat)



## Art. 23 de la Ley 80/93

“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal, se desarrollarán con arreglo a los principios de Transparencia, Economía y Responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente se aplicarán en las mismas, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”

# TRANSPARENCIA

**LEY 80 DE 1993- ART. 24, modificado por el art. 2 Ley 1150 de 2007:**

- Escogencia del contratista por licitación pública, como regla general. No obstante, la ley 1150 de 2007, establece nuevos procedimientos como excepciones a la R. G.

## **Deber de publicidad, que se aprecia en:**

1. Aviso a la Cámara de Comercio- previo a la apertura del proceso.
2. Publicación del proyecto de pliego y de los estudios previos.

## **TRANSPARENCIA - Deber de publicidad**

3. Publicación en el SECOP.
4. Publicación del pliego definitivo.
5. Audiencia de Aclaración de Pliegos.
6. Traslado del informe evaluativo.
7. Audiencia de adjudicación.
8. Actuaciones públicas y expedientes abiertos al público.

## TRANSPARENCIA - Deber de publicidad

### Arts. 74, Ley 1474 de 2011

Art. 74:- Ordena la publicación a más tardar el 31 de enero, que las entidades publiquen en su pagina WEB el plan de acción para el año siguiente.

Debe indicar proyectos, objetivos, responsables, planes generales de compras, y distribución presupuestal de los planes de inversión, junto a los indicadores de gestión.

## TRANSPARENCIA - Deber de publicidad

Arts. 77, Ley 1474 de 2011

Art. 77:- Ordena la publicación de los proyectos de inversión, ordenado según la fecha de inscripción en el banco de programas y proyectos.

Se exceptúan las EICE y SEM.

# TRANSPARENCIA

## Contenido del Pliego de Condiciones

1. Requisitos objetivos, para participar en el proceso de selección.
2. Se deben incluir con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes.
3. Imposibilidad de incluir condiciones o exigencias de imposible cumplimiento.
4. Reglas claras, que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

# TRANSPARENCIA

## Contenido del Pliego de Condiciones

5. Se definirá el plazo para la liquidación del contrato de acuerdo con su naturaleza y cuantía.

*Siendo ineficaces de pleno derecho las reglas que contraríen lo anterior, o que dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de tales hechos.*

# TRANSPARENCIA

“Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente les está prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en este estatuto”.

# TRANSPARENCIA

Busca garantizar la imparcialidad y la igualdad de oportunidades en los procesos de contratación, seleccionar objetivamente a los contratistas, publicitar las decisiones de los procesos, para que puedan ser controvertidas.

Busca promover la Moralidad Administrativa.

# **ECONOMIA Ley 80/93 art. 25**

1. TERMINOS PERENTORIOS Y PRECLUSIVOS.  
Procedimientos y etapas estrictamente necesarias para asegurar la selección objetiva. Impulso oficioso de las actuaciones.
2. Las reglas y procedimientos deben servir para cumplir con los fines del estado, la adecuada prestación de los servicios públicos y la garantía de los derechos de los administrados.
3. Los procedimientos deben garantizar la pronta solución de las controversias - MASC.

## **ECONOMIA Ley 80/93 art. 25**

4. Previo a la apertura del proceso, la entidad debe contar con las disponibilidades presupuestales.
5. Previo a la apertura del proceso de selección, se debe verificar la conveniencia del futuro contrato, así como la necesidad de autorizaciones que se requieran. Estudios previos, pliegos de condiciones, estudios diseños y proyectos requeridos.



**Maduración de proyectos art. 87 Ley 1474 /11.**  
Modifica el numeral 12 del art. 25.

**“...Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.**



**Maduración de proyectos art. 87 Ley 1474 /11.** Modifica el numeral 12 del art. 25.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, **en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental.** Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.”

# ECONOMIA Ley 80/93 art. 25

6. La adjudicación, es un acto que no puede ser supeditado a posteriores autorizaciones.
7. El representante de la entidad, podrá delegar la facultad de celebrar contratos, de acuerdo con las normas que para el efecto lo autoricen.
8. Las autoridades deben incluir en sus presupuestos anuales, una apropiación global para cubrir los costos imprevistos ocasionados por retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de precios pactados, por cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

# ECONOMIA Ley 80/93 art. 25

9. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados , reconocimientos de firmas, traducciones oficiales ni cualquier otra clase de formalidad o exigencia ritual, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.
10. Silencio Administrativo positivo 3 meses, durante la ejecución del contrato.
11. Imposibilidad de rechazo, por ausencia de formalidades.

# ECONOMIA Ley 80/93 art. 25

12. Solo procede la declaratoria de DESIERTA cuando se imposibilita la selección objetiva.- Ausencia de participación o por que de las ofertas presentadas no cumplen.
13. Deber de prestar garantías por parte del contratista.

# ECONOMIA

Busca suprimir la exigencia de trámites, requisitos y autorizaciones innecesarias que entran los procesos de contratación, fortalecer la planeación de los procesos de selección, establecer mecanismos que agilicen los procesos de selección, y que permitan subsanar requisitos no necesarios para la comparación de propuestas concentrar la evaluación en los aspectos técnicos y económicos, y crear formas de atención oportuna para proponentes y contratistas.

# RESPONSABILIDAD

Ley 80 de 1993 ART. 11.-

La competencia para ordenar y dirigir los procesos de contratación y para escoger contratistas corresponde al jefe o al representante de la entidad.

Ley 80 de 1883 ART. 12.- ART. 21 Ley 1150 de 2007.-  
Admiten la posibilidad de delegación y desconcentración en el ejercicio de la actividad administrativa contractual.

# RESPONSABILIDAD

## Ley 80/93:

Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen.

Por la omisión en el deber relacionado con los pliegos de condiciones, elaboración de los estudios previos, o cuando hayan sido elaborados de manera que conduzcan a interpretaciones o decisiones subjetivas.

Hay responsabilidad de todos los intervinientes en el proceso, de acuerdo con el ámbito de su actuación-oferentes, contratistas, funcionarios.

# RESPONSABILIDAD

Busca que la gestión pública se desarrolle de manera diligente, recta y transparente, fijando responsabilidades en los servidores públicos y en los contratistas de la administración, que participan en la actividad contractual

# RESPONSABILIDAD

Formas de responsabilidad:

a) DISCIPLINARIA

b) FISCAL

c) PENAL

d) CIVIL

# EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL



Imágenes extraídas de google, Corina Duque A.

# 1. Fines de la contratación estatal



Buscar el bien común

Fines del Estado por mandato constitucional.

“Fortalecer la unidad de la Nación, asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz”.

# 1. Fines de la contratación estatal

- Artículo 3 Ley 80 de 1993: DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.
- Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta, al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social, que, como tal, implica obligaciones”.



### 3. Principio de la Ecuación económica y Financiera del contrato.

- Se fundamenta en los derechos a la propiedad privada, la libertad de asociación y de empresa consagrados en la C.P. 91, que justifican y protegen el interés del contratista.



### 3. Principio de la Ecuación económica y Financiera del contrato.

- El artículo 1497 del C.C. indica que el contrato es oneroso *“cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro”*.
- El contrato estatal es oneroso.
- El artículo 1498 del C.C. establece que *“el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”*.



# 3.1. Definición de Equilibrio económico.

- “El equilibrio económicos es una proporción equitativa entre los valores de los objetos o los hechos debidos (...) que tratándose de contratos administrativos, por ejemplo se trata de un reajuste del precio con miras a garantizar el equilibrio financiero del contrato y que pretende mantener al contratista el provecho económico que esperaba” C.E. (...)



## 3.1. Definición del C.E:



- “(...) el equilibrio económico no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión “ecuación financiera”. Es solamente la relación aproximada, el “equivalente honrado”, entre cargas y ventajas que el contratante ha tomado en consideración como un cálculo, al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar. Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del Contrato” C.C. S 3ª Sent del 29 de mayo de 2003 R 14577 MP. Ricardo Hoyos Duque

## 3.2. Definición más reciente

- (...) Por virtud de la mentada ecuación, se pretende que la correspondencia existente entre las prestaciones correlativas que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcancen la finalidad esperada con el contrato”
- Así las cosas, cuando las condiciones económicas pactadas en el contrato fueren alteradas en perjuicio de una de las partes por causas no imputables a ésta, ocurridas durante la ejecución del contrato, se impone la obligación de restablecer el equilibrio financiero. En efecto, **el artículo 27 de la ley 80 de 1993** dispone que “en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento (...)”. Siete (7) de marzo de dos mil once (2011). Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Olga del Valle Radicación número, radicado 20683.

## 3.2. Definición reciente



- Lo anterior, independientemente de que se haya o no pactado en el contrato.
- La verificación de dicho equilibrio impone la obligación de valorar la ecuación financiera en cada caso particular, analizando los valores acordados en el contrato, de manera tal que se pueda establecer si el mismo ha permanecido inalterado.
- En caso contrario, es menester dilucidar a quién le es imputable el quiebre de dicha ecuación, con el objetivo de que la restablezca.

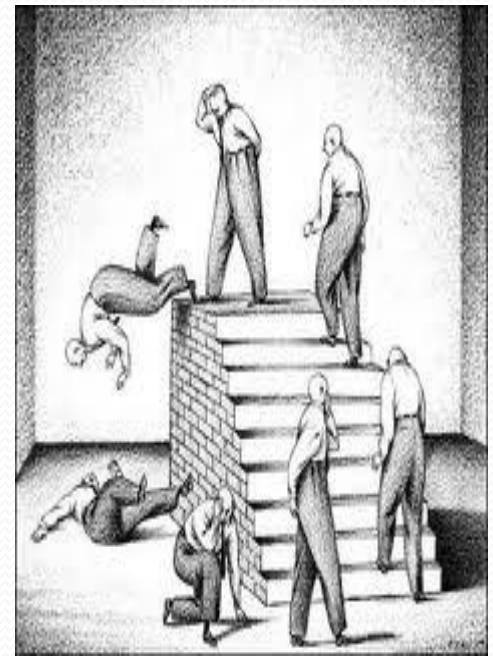
## 3.3. Causas



1. Actos o hechos imputables a la administración contratante, referidos por ejemplo, al pago inoportuno de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, o a la falta de oportunidad en la aprobación de la documentación necesaria para el desarrollo del contrato, tal como diseños o planos de las obras a realizar;
2. Actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe;
3. Actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión.

## 3.4.Causas de la administración

- Por actos de la administración como Estado: HECHO DEL PRINCIPE. Acto de carácter general, por ejemplo la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecte el contrato.
- Por factores externos, circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión.



## 3.1.Obligaciones del Estado

- *“La administración debe colocar al contratista en un punto de no pérdida, y aún más en una situación económica tal que sus expectativas de lucro vigentes a la celebración del contrato no se vean menguadas por causas ajenas a su propia voluntad.*
- *La administración debe asumir los costos necesario para que el contratista obtenga el costo de las inversiones realizadas en la ejecución ordinaria y extraordinaria del contrato, y reconocer el pago de sus utilidades, desde luego razonables y ceñidos a las condiciones de contratación”.*



## 3.2.¿ Y el riesgo contractual?

- *No se pretende desconocer la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal e inherente al tipo de contratación, pero tampoco admitir que el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener provechos pecuniarios contractualmente presupuestados.*



## 3.3.Cimientos del equilibrio

- Los cimientos del equilibrio económico y financiero se encuentran en los principios generales de los contratos, en especial en el principio de la conmutatividad de los contratos estatales.



## 3.4. La conmutatividad



- En los contratos de derecho privado, el criterio es subjetivo, cada parte debe considerar que la prestación a la que se compromete es equivalente o proporcional a la prestación que va a recibir de su contraparte.
- En el derecho administrativo, por el principio de la transparencia , selección objetiva, el criterio es objetivo: la equivalencia de las prestaciones a las que se comprometen las partes se determina con base en el justo precio que las mismas tengan en el mercado.

# La conmutatividad...

- El ideal de justicia conmutativa impone que el valor que reciba el contratista por las obras, servicios o bienes que le proporciona a la administración corresponda *al iustun pretiun* del mercado,
- De esta forma, el principio de reciprocidad de prestaciones juega como un límite al postulado de la autonomía de la voluntad.
- ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría General de los contratos de la Administración Pública, Editorial Legis, 1999.



# Responsabilidad del Estado en la conmutatividad

- La administración pública debe siempre propender por la igualdad de los administrados.
- Principio de reciprocidad de las prestaciones.
- Nadie está obligado a soportar cargas que jurídicamente no le corresponden, en caso de hacerlo, tiene derecho a que el Estado lo indemnice por ello.



# Responsabilidad....



- *“La obra pública en infraestructura de transporte, constituye eminentemente la realización del interés público con destino al servicio de la comunidad. Es por ello, que el particular que resulte afectado por su ejecución en mayor proporción que los demás usuarios o beneficiarios de la misma, incluido el mismo contratista, tendrá derecho, objetivamente a que el Estado repare los daños causados, con el único fin de restablecer la igualdad a la que tiene derecho frente a sus conciudadanos”.* Susana Montes E. Concesiones Viales. Revista de Derecho Público, U. de los Andes,

# Responsabilidad



- Ley 80 de 1993 artículo 5º numeral 1: *Derechos del contratista. Recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.*
- *En consecuencia, tendrá derecho previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas.*
- *Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”*

# Circunstancias dudosas?



- En los contratos estatales no pueden existir contingencias inciertas que determinen el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes y de sus derechos derivados de la celebración del contrato.
- Por el contrario, el artículo 24 de la Ley 80 impone el establecimiento y determinación precisa del objeto de las prestaciones contractuales, el artículo 25 ordena contar con las definiciones contractuales requeridas con antelación a la apertura de la licitación o concurso o (...) directa según el caso.
- Por ello se requiere tener claras las reglas del juego.

## 4. Principio de la autonomía de la voluntad



- También es un principio de la contratación estatal, aunque no es absoluta, propende por la agilidad en los procesos contractuales.
- Por eso las relaciones entre organismo estatal y el contratista deberán fundarse en el acuerdo de sus voluntades, del que emanarán las principales obligaciones y efectos del acto jurídico. Por esa razón se reconoce la aplicabilidad de las disposiciones comerciales y civiles en materia contractual.

## 4.1. Autonomía.....

- Esta remisión obedece al reconocimiento del principio de la normatividad de actos jurídicos, corolario indefectible del postulado de la autonomía de la voluntad, según el cual las manifestaciones de voluntad de los contratantes se transforman en normas jurídicas, las que incluyen el sello de obligatoriedad de sus propios actos. Artículo 1602 del C.C.



## 4.2. Normatividad que se incluye



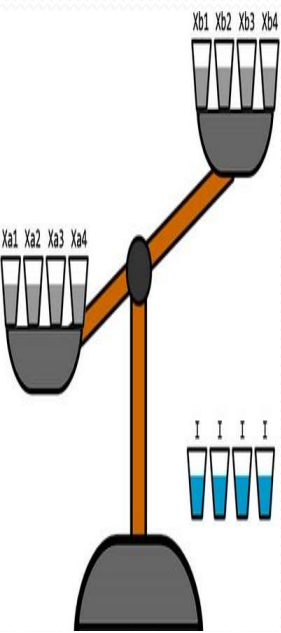
- Se incluyen, en primer término las normas imperativas que contienen disposiciones de orden público, luego las normas subjetivas que regulan la actividad cuando los contratantes no han determinado las reglas a las que se someterán o lo han realizado de manera defectuosa o insuficiente.
- La libertad contractual se encuentra limitada por el interés público, por ello tiene cláusulas excepcionales.
- Se encuentra limitada respecto de la escogencia del contratante: proceso de selección.
- Se encuentra limitada respecto de la competencia.



## 4.2. La autonomía y la Ley 80

- Artículo 40: Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.
- Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.
- Los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, al ley, el orden público y los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración".

## 4.3. Prohibición de la renuncia a demandar por desequilibrio



- El C.E. ha dicho “Es necesario que con el traslado de riesgos al contratista, no se esté desvirtuando la naturaleza eminentemente conmutativa de los contratos estatales, (...) no es posible trasladar al contratista aquellos riesgos no cuantificables o que no sean mesurables o definibles (riesgo por cambio legislativo, fiscal, ambiental, imprevisión) pues por ese sólo hecho se convertiría la naturaleza del contrato en aleatorio (...)”.
- Pero además no puede obligarse al contratista a renunciar, en forma general, al derecho a la indemnización por restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, cuando la afectación proviene del acaecimiento de hechos imprevisibles o que dependen de la voluntad del legislador y que, por lo mismo, lo colocarían en situación de desigualdad frente a las cargas públicas. Su renuncia sería nula (...).

## 5. El hecho del príncipe



- (...) El fundamento de la responsabilidad del Estado por este hecho radica en los principios 16 y 17 de la C.P. pues so pretexto de que cumpla el contrato administrativo, al contratista se le estaría dando un trato desigual respecto de los demás habitantes, ya que, aparte de la norma general dictada afecta los derechos individuales de tal contratante, al exigirle el cumplimiento del contrato se le impondría una carga que no pesa sobre las demás personas. Tampoco es concebible que, en beneficio público, a raíz de la norma “general” dictada que trastorna la economía del contrato, el administrado reciba menoscabo patrimonial sin indemnización.

## 6. Teoría de la imprevisión



- La teoría de la imprevisión “regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible.

## 6. Teoría de la imprevisión



- En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4° numeral 3° y 8°; 5° numeral 1°; 25 numeral 14; 27 y 28”. En aplicación de dicha teoría, ninguno de los anteriores sucesos o situaciones impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón del hecho imprevisible. No obstante, las partes contratantes pueden prever la ocurrencia de dichos imprevistos, y convenir el mecanismo de reajuste o revisión de precios al que se refiere el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

## 6. Teoría de la imprevisión



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

# 6. La teoría de la imprevisión

- Tiene sus orígenes en el derecho romano.
- Algunos párrafos del Digesto y de las instituciones de Justiniano hablan del principio general de *Pacta Sunt Servanda*, (los pactos son para cumplirlos) según el cual las partes en un contrato se encuentran irremediablemente atadas al cumplimiento del mismo, en razón a la voluntad expresada.
- La excepción es la cláusula *Rebus Siuc Stantibus* (conservando la situación de las cosas) .
- Dicha fórmula plantea que los contratos estipulados para actos sucesivos de resultados sobre un período futuro en el tiempo, deben ser entendidos con la condición de que las circunstancias continúen siendo las mismas, o se mantengan”.



## 6. Teoría de la imprevisión

- Si dichas circunstancias cambian hay lugar a que cualquiera de las partes demanden su revisión. Se pretende restablecer el equilibrio prestacional nacido del contrato.
- Se busca que las partes regresen al equivalente querido al momento de celebrar el negocio jurídico; equivalente que se ve trastornado por hechos o circunstancias extraordinarias imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes intervinientes en el negocio.



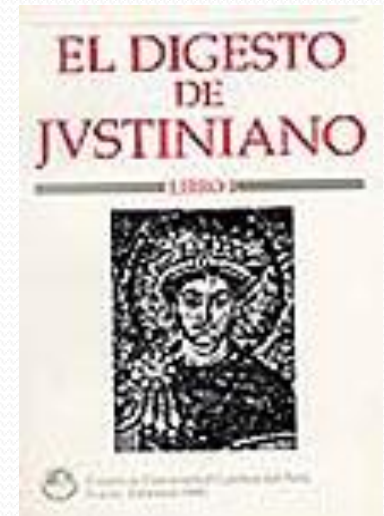
# 6. 1. Teoría de la imprevisión

- Esta teoría en el derecho romano descansaba en el principio de la buena fe contractual, que busca evitar que el contrato se transforme en fuente de lucro exagerado para uno de los contratantes y en una pérdida desmesurada para la otra.



## 6.2. Segundo posible origen

- Otros afirman que esta teoría sólo aparece con los glosadores en relación con los comentarios que efectuaron al *vergo potest* que surge de la regla *conditio causa data, causa non secuta*, que aparece en el digesto.



## 6.3. Los postglosadores

- Fueron ellos quienes realmente estructuraron la figura y la aplicaron en las relaciones con el Derecho Privado.



## 6.4. En Francia



- Después de la Revolución francesa mantuvieron una posición rígida de aplicación de la regla del artículo 1134 de C.C., según el cual el contrato tenía fuerza de ley entre los contratantes, los vinculaba irremediablemente y no existía medio alguno para alterar lo que la voluntad recíproca había fijado.

## 6.4. En Francia



- Sólo a partir de la primera guerra mundial, frente a la necesidad de resolver situaciones originadas en la guerra, claramente injustas, motivaron que la tesis de la autonomía de la voluntad y la preponderancia del principio *pacta sunt servanda* entrara en decadencia y fuera reemplazado por el principio *rebus sic stantibus*.
- La doctrina y la jurisprudencia francesa toman como fundamento las reglas de los artículos 1147 y 1148 según los cuales la indemnización de daños y perjuicios no procede cuando el deudor prueba que el incumpliendo se funda en una causa extraordinaria que no le puede ser imputada o que le resulte imposible el cumplimiento a consecuencia de fuerza mayor o caso fortuito.

## 6.4. En Francia

- En 1901 se promulgó la Ley Faillot, por la cual los contratos celebrados antes del primero de agosto de 1914 podían resolverse cuando el cumplimiento ocasionase a una parte daños o perjuicios desproporcionados.



## 6.4. En Francia



- La jurisprudencia contencioso administrativa francesa resolviendo demandas relativas a contratos de la administración, asumió una posición mucho más progresista, frente a la teoría de la imprevisión.
- Apartándose de la interpretación exegetica de la norma del C.C. que planteaba la obligatoriedad de las cláusulas de los contratos como ley para las partes, consideró que en determinados casos, y fundamentalmente en defensa de la noción del servicio público, los contratos de la administración eran susceptibles de ser revisados,

## 6.4. En Francia



- Fundamentalmente dijo (...) *La autoridad exigirá del concesionario que continuara prestando el servicio conforme al contrato, pero lo ayudaría sea indemnizándolo o reduciéndole la carga de sus obligaciones, a soportar el excedente de esas cargas en cuanto ellas sobrepasen el máximo de las dificultades o el máximo de la amplitud de las variaciones económicas que pudieron preverse cuando se contrató.*
- Consejo de Estado Francés, citado por PAREJA, Carlos II, Curso de Derecho Administrativo, segunda edición, Edictorial El Escolar. Bogotá 1939, p. 470.

## 6.5. En Colombia



La nueva Corte o Corte de Oro emitió tres sentencias fundadoras de la línea sobre la teoría de la imprevisión, así:

- Sentencia de octubre 29 de 1936 M.P. Liborio Escallón,
- Este fallo hace una mención a la teoría de la imprevisión, pero niega su aplicación.
- Sentencia del 25 de febrero de 1937 MP. Juan Francisco Mujica: por primera vez se reconoce la teoría de la imprevisión y su aplicación como fuente en el derecho colombiano. Enmarca la teoría en los conceptos de enriquecimiento sin causa, fraude a la ley, buena fe y estado de necesidad como principios generales de derecho, extra sistémicos, no positivizados.

## 6.5. En Colombia

- La Corte reconoce que los intereses económicos cobrados son factor central que motiva la necesidad de revisar el contrato, pues se ha hecho más oneroso el cumplimiento de las prestaciones asumidas para una de las partes.



## 6.5. En Colombia



En este fallo define tres elementos para poder reconocer la aplicación de la imprevisión a un contrato.

- A. Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circunstancia para la conclusión del contrato.
- Que fuese únicamente la certidumbre respecto de la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivo a la parte que le atribuía valor, a prescindir de pedir a la otra su reconocimiento como condición.
- En el caso de que la circunstancia se hubiere tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión, teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder procediendo de buena fe.

## 6.6. Aplicación en el Contencioso Administrativo.

- El C.E. colombiano sigue de cerca la tesis del C. E. Francés, sustentando en la teoría del servicio público y la noción de equilibrio financiero del contrato, aplicó la teoría desde los años 80, afirmando que en los contratos de suministro, o en general de tracto sucesivo, obra civil, concesión, arrendamiento, etc, se puede presentar un desequilibrio financiero del contrato.



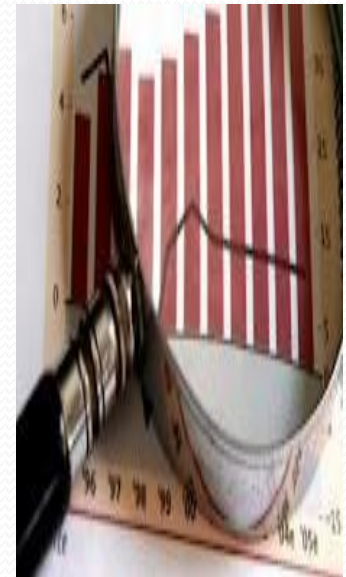
## 6.7. En la modificación del contrato....

- Conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 222 de 1983 y el artículo 15 de la Ley 80 de 1993, la administración puede modificar unilateralmente el contrato. En tales eventos debe compensar al contratista de los mayores costos que ello pueda aparejar, (r. 14943-99)



## 6.7. Desequilibrio

- Cuando se rompe el equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, a pesar de que el particular deba asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio.
- Ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante que lo prive de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones convenidas.,



## 6.7. Restablecimiento del equilibrio

- El fundamento jurídico del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, se encuentra en el papel que, mediante la contratación administrativa cumple el contratista, quien se constituye en un colaborador activo de la administración para el logro de los fines estatales.
- No resultaría justo, ni equitativo privar al particular que contrata con el Estado, del derecho a obtener la satisfacción de sus aspiraciones contractuales dentro de lo razonable y legal. El particular no debe ser sacrificado en aras de una finalidad estatal, porque la atención de la misma corresponde, de conformidad con lo establecido por las normas superiores, a la administración.



## 6.7. El restablecimiento...

- El C.E. manifestó: “La teoría del equilibrio financiero del contrato es aplicable a todos los contratos conmutativos de la administración, no cabe por tanto al respecto distinción alguna entre los negocios jurídicos que celebra la administración, de lo cual se infiere que su aplicación no es ajena al contrato de suministro ni al de arrendamiento.
- Como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, el equilibrio económico puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas 1. Por actos o hechos de la entidad administrativa contratante. 2. Por actos de la administración general como estado Hecho del Príncipe. 3. Por factores exógenos a las partes del negocio teoría inicialmente llamada de la imprevisión.



## 6.7. Restablecimiento..

- La primera causa se presenta cuando el rompimiento de la ecuación financiera del contrato estatal se produce por la sola actuación de la administración como contratante; por ejemplo, no cumple en la forma debida con las obligaciones derivadas del contrato, de cuyo comportamiento se deriva la responsabilidad para la administración.
- La segunda causa, conocida como Hecho del Príncipe, se presenta por causas imputables al Estado, como el ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general.





## 6.7. Restablecimiento

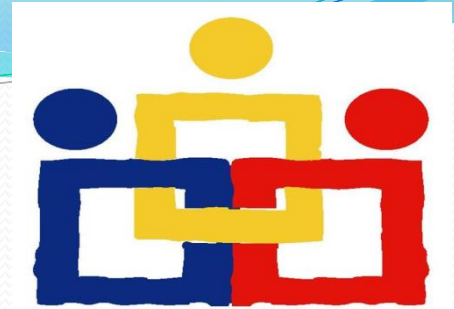
- La tercera causa, tiene que ver con la teoría inicialmente enunciada como de la imprevisión que involucra circunstancias no imputables al Estado, externas al contrato pero con incidencia en él. La diferencia fundamental entre las dos primeras causas, como lo señala Marienhoff, consiste en que “El hecho del príncipe” presupone una norma general emanada de la autoridad pública, en tanto que la responsabilidad contractual del Estado presupone una norma específica relacionada con el contrato administrativo en cuestión; la responsabilidad por el hecho del príncipe no es directa, sino refleja: incide en el ámbito jurídico del contratante, causándole un daño resarcible por ser éste diferencial respecto a los demás habitantes. Expediente 10151 M.P. Daniel Duárez.

## 6.7. Restablecimiento



- La solución propuesta por el Consejo de Estado está acorde con el concepto de equidad y la disposición de hacer del contrato una relación justa.
- Se propugna por hacer prevalecer antes que la literalidad del acuerdo de voluntades, expresado en las cláusulas del documento, los objetivos propuestos y queridos por las partes, privilegiando obviamente la noción del servicio público, que redundará en una defensa de los intereses del Estado, y de la comunidad general que él representa.

## 6.7. Restablecimiento



- El abuso de la posición fuerte del Estado frente a sus contratistas, sirviéndose del poder exorbitante, imponiendo el cumplimiento de obligaciones que económicamente se hacen inviables en razón de circunstancias nuevas, extraordinarias e imprevisibles, que han alterado el equilibrio debe ser morigerado o controlado, o revisado por el Juez Administrativo, en aras de la equidad,.

## 6.7. Restablecimiento



- Todo contrato de la administración se celebra para ser cumplido, porque con ellos está comprometida la satisfacción de un servicio público o de una necesidad igualmente pública.
- La administración debe estar atenta a propiciar un adecuado cumplimiento y está dotada de los mecanismos coercitivos para lograrlo.
- Por su lado el contratista que aspira a obtener un beneficio se constituye por esa vía en un colaborador suyo y mientras la administración contrata sin un afán de lucro o con fines superiores de interés general, el contratista lo hace para obtener un beneficio razonable, particular y concreto.

## 6.7. Restablecimiento



- Si circunstancias extraordinarias e imprevistas entorpecen la obtención de ese beneficio porque hacen más oneroso el cumplimiento de la obligación, el contratista no se exonera de cumplir, pero sí puede pedir a la administración la revisión del contrato en sus términos económicos. De no aceptarse esta solución se rompería el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

## 6.7. Restablecimiento



- El derecho del contratista se limita a lograr de la administración una ayuda parcial que equilibre el quebranto económico causado por las circunstancias que hicieron más oneroso el cumplimiento del contrato.
- Ese acontecimiento debe ser en todo ajeno a la voluntad de las partes y no ha debido entrar en las previsiones normales que tuvieron en cuenta al celebrar el contrato.

## 6.8. Aumento de precios???

- Un aumento de precios tenido en cuenta dentro del contrato, ocurrido con posterioridad a la firma de éste, no podrá invocarse como apoyo de la pretensión indemnizatoria basada en la imprevisión, si dicho aumento es consecuencia de un proceso inflacionario desatado con anterioridad y que mostraba una tendencia fácilmente detectable.



## 6.9. El riesgo imprevisible

- La llamada teoría de la imprevisión o tesis del riesgo imprevisible que se funda en la imposibilidad de lograr el objeto de las obligaciones por el cambio sustancial y extraordinario de las condiciones iniciales, se ha ido adaptando y consagrando en nuestro medio jurídico, pero a nivel de obligaciones convencionales, aún en el campo de la contratación administrativa.



## 6.9. Riesgo imprevisible

- Tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido como características de los acontecimientos que pueden encuadrarse dentro del concepto de fuerza mayor de este precepto, que sean imprevisibles y además irresistibles. Pero no puede cobijarse el mismo sentido que usó el legislador de 1890 al mencionar los “actos de autoridad” a la obligatoriedad de los actos administrativos.

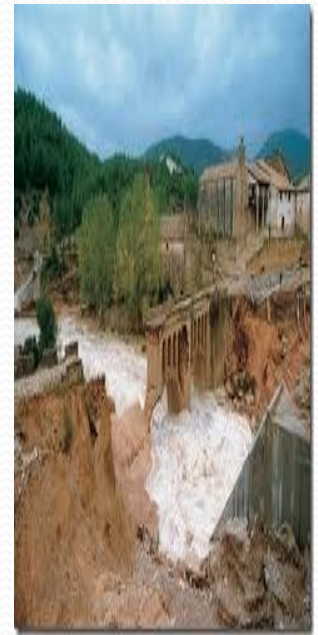


## 6.7. En materia contractual

- Excepción hecha de la materia contractual no es posible trasladar toda aquella teoría y elaboración jurisprudencial referida a otras áreas, al campo del derecho público en donde las obligaciones del ciudadano nacen por imperio de la ley, no por el acuerdo de voluntades y donde su cumplimiento interesa a toda la comunidad.

## 6.8. Conclusión

- El objeto inicial de la teoría de la imprevisión es buscar evitar el cumplimiento de las obligaciones que se han convertido en excesivamente onerosas
- Se pretende conciliar dos finalidades: por una parte se busca que bajo criterios de equidad y justicia, se elimine la excesiva onerosidad que afecta el cumplimiento de las obligaciones.
- Por otra parte, se pretende insistir en el contrato perseverando hasta donde sea posible en la eficacia del mismo buscando su cumplimiento

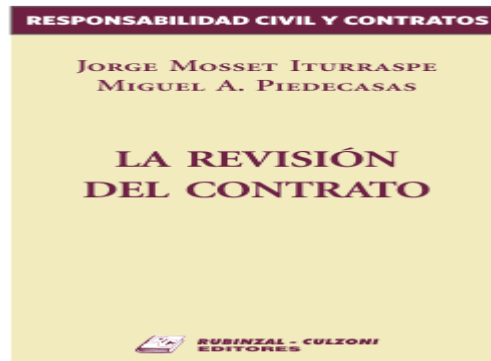


## 7. La revisión del contrato

- Surge como instrumento más expedito e idóneo, cuando los principios generales del derecho, *Pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus* entran en conflicto al ser esgrimidos por los partícipes de una relación contractual.
- Una de las partes alega que el contrato debe ser cumplido estrictamente conforme a los pactos originalmente celebrados, en tanto que la otra parte alega que el contrato debe ser modificado, pues circunstancias externas, extraordinarias, imprevisibles e imprevistas y han hecho excesivamente oneroso el cumplimiento de las prestaciones asumidas, situación que los coloca en un unto irreconciliable.

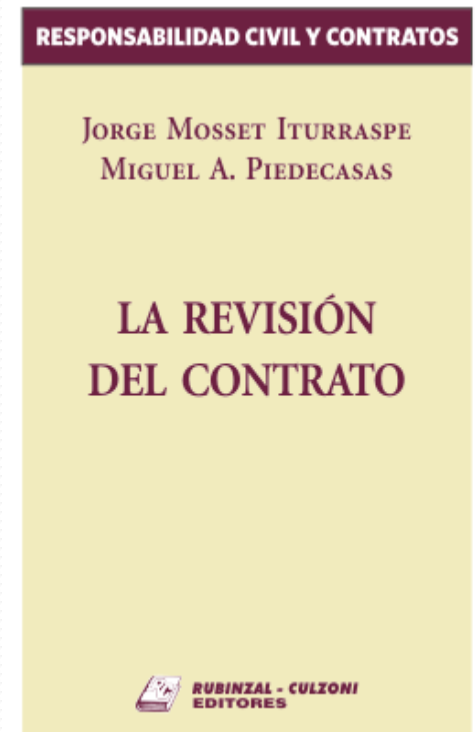
# 7. Revisión

- El desacuerdo impide que las partes mediante un nuevo negocio jurídico, utilizando como modo de extinción de la obligación la novación, supriman la relación jurídica anterior, no quedándoles otra vía que recurrir a un tercero imparcial que dirima el conflicto, tercero que no es otro que una autoridad judicial.



# 7. Revisión...

- El contenido del fallo debe culminar con cualquiera de los siguientes efectos:
  - Reajuste de algunas de las prestaciones del contrato que equilibre el desbalance originado por las circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles que afectaron el contrato.
  - Suspensión de las prestaciones del contrato por un término prudencial que permita que cuando se reanude el compromiso negocial, las circunstancias de las partes estén en equilibrio.
  - La terminación o la resolución del contrato, pues irremediabilmente no hay manera de equilibrar las condiciones del negocio, y persistir en él implicaría una injusticia.



# 8. SITUACIONES ESPECIALES QUE PUEDEN GENERAR DESEQUILIBRIO EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

## 8. Situaciones Especiales

1. Suspensión del contrato
2. Cláusulas exorbitantes
3. Cesión
4. Adición del Contrato
5. Modificación unilateral
6. Prórroga del Contrato

# 1. Suspensión del contrato



- Por mutuo acuerdo.
- *“En estas condiciones, la suscripción del acta de suspensión del plazo del contrato por mutuo acuerdo, es la conducta legal y contractual adecuada ya que la ley no concibe la suspensión unilateral del mismo y pese a que no es la oportunidad para analizar si la causa que motivó la suspensión del contrato es constitutiva de una fuerza mayor o de un caso fortuito que justifica la misma (...).”*

# 1. Suspensión...



- (...) *Lo cierto es que de otra manera distinta a la voluntad de las partes no es procedente que el plazo del contrato se suspenda, principio de la contratación pública que hoy se mantiene vigente.*
- (...) *Aceptar la posición del Tribunal daría lugar a pensar que el contratista so pretexto de no renunciar a una posterior reclamación judicial por los posibles perjuicios que le pudiera ocasionar la suspensión del contrato, no consintiera con ella y la dejara a la voluntad de la administración, porque es claro que el hecho de no haberse previsto en el acta de suspensión lo atinente a las consecuencias económicas de la misma, o a la falta de salvedades del contratista, no significa que haya renunciado a formular reclamaciones y más si aquello tuvo origen en circunstancias que no le son imputables a él.*

# 1.1. Reclamación de perjuicios

- En asunto similar la Sala se pronunció al señalar que el hecho de que el contratista hubiese suscrito el acta de suspensión de mutuo acuerdo con la entidad contratante, en forma alguna lo priva de la posibilidad de reclamar los perjuicios que dicha suspensión le ocasionó.
- Sentencia del 30 de septiembre de 1994. Expediente 8129.



# 1.1. Perjuicios derivados de la suspensión



- (...) *En la demanda se hacen consistir los perjuicios derivados de la suspensión del contrato en dos conceptos: la administración de la obra y el monto correspondiente a salarios y prestaciones sociales del personal disponible para restablecer la ejecución del contrato.*
- *En cuanto al primer concepto, el demandante aduce que se ocasionaron sobrecostos por \$8.663.484, teniendo en cuenta que “en el formato III-12 de la propuesta para el cálculo descriptivo de administración, utilidades e imprevistos, AIU, se especificó un porcentaje del 10.31% como valor de la administración de la obra”.*

# 1.1 Perjuicios.....



- “el demandante calculó este valor tomando el costo directo de la propuesta que fue de \$103’, al cual aplicó el 10.31% para un plazo de 10 meses que correspondía al inicialmente fijado para la ejecución de las obras que arroja un valor de administración de \$ 10’ para un valor mensual por este concepto de \$1.064.300 y por día de \$35.477.
- Al multiplicar este último valor por los días de suspensión (156 días) el valor de la administración fue de \$5.534.3621 que actualizado a la fecha de presentación de la demanda por el monto que reclama por este concepto es de \$8.663.484. (...)”

# 1.1. Perjuicios



- *“La Sala no tiene ningún reparo en la operación matemática que realiza el demandante, pues es la manera lógica y correcta de calcular los costos de administración en un contrato de obra pública y además los valores y porcentajes se ajustan a los establecidos en la propuesta. Pero advierte que no todos los conceptos que detalló en la propuesta como costos de administración podrían causarse en el tiempo que estuvo el contrato suspendido (...)*

# 1.1. Perjuicios...



- “Los costos fijos pueden deducirse de los conceptos que los componen corresponden a la empresa del contratista, que si bien estaba a la espera de la reanudación de la obras no se demostró que su organización tuviera dedicación exclusiva al contrato celebrado con el IDU.
- “Pese a ello obedece a la lógica que los costos estimados como fijos en la propuesta corresponden a un porcentaje del contrato que se destinaría a los gastos corrientes de su organización”.

# 1.1. Perjuicios.....



- (...) Pero teniendo en cuenta que en la fecha en que suspendió el contrato (mayo 2 de 1990), faltaban 43 días para que el plazo inicialmente pactado se venciera (junio 15 de 1990), es evidente que los costos de administración que previó el contratista lo eran para todo el plazo del contrato (10 meses), razón suficiente para que dichos costos se respeten por los días faltantes, como si el contratista hubieses ejecutado el contrato en circunstancias normales y sin interrupciones. De manera que la Sala encuentra procedente que se le reconozcan los costos de administración \$ 35.... Por día. Por esos 43 días que restaban para que el plazo del contrato terminara”.

# 1.1. Perjuicios



- *“Igual reconocimiento es procedente por el restante tiempo que duró la suspensión (113 días), pero no por el 10.31% estimado como costos de administración en la propuesta, sino por el porcentaje correspondiente a los costos fijos del numeral 1.a y a los costos directos sueldo director de obra, campamentos y celaduría del numeral 1.b., que sumados de acuerdo a la proporción estimada arroja un 5.74% (C.E., Sección Tercera, Sentencias 10929, oct 15/99, M. P. Ricardo Hoyos Duque)*

## 1.2. Suspensión y equilibrio contractual



- *“Realizada la suspensión del contrato habrá de estarse a sus términos, esto es, a la duración de la suspensión, al manejo de los recursos físicos y personales dispuestos para la ejecución de la obra, a la asunción de obligaciones por cada una de las partes, etc. Suponemos que si se han regulado claramente los efectos de la suspensión del contrato, habrán quedado definidas las prestaciones mutuas derivadas de la situación. (Sentencia 15 oct 19999, expediente 10.929; actor Sociedad Bustamante Cárdenas Ltda.*

## 1.2. Suspensión y equilibrio...

- *Pero cuando esos efectos no quedan regulados en el acta de suspensión, cuando las partes guardan silencio sobre lo que la suspensión representa para cada una de ellas, habrá que analizar los hechos o actos determinantes de la suspensión y sobre todo, si resultan imputables a uno u otro contratante. En estas condiciones se tiene que si las partes de un contrato acordaron mutuamente suspenderle, o no regularon los efectos de la suspensión en el correspondiente documento y se prueba que esa suspensión determinó perjuicios para alguno de los contratantes, se impone analizar el motivo de la suspensión y su imputación, a efecto de establecer la responsabilidad contractual correspondiente. La jurisprudencia ha estudiado la necesidad de que el contratista demandante pruebe la existencia de perjuicios derivados de la suspensión del contrato.*

## 1.2. Suspensión y equilibrio....

- *“En el caso que ocupa la atención de la Sala, donde las partes guardaron silencio sobre los efectos que traería la suspensión para el contratista, debe tenerse en cuenta que la circunstancia de que el contrato haya estado suspendido por sí sola no confiere derecho al contratista para reclamar por una mayor permanencia en la obra o a que se presuman perjuicios por haber estado a disposición de la entidad contratante por un plazo mayor al que se pactó en el contrato. Es necesario que tales perjuicios sean demostrados por la parte demandante de acuerdo con el principio de la carga de la prueba que contempla el artículo 177 del C.P.C. (S. 3a, expediente 10.929. Actor: Sociedad Bustamante Cárdenas Ltda)*

## 2. Cláusulas exorbitantes

- Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo
- *“determina una posición también especial de la partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa exigibilidad de contratos civiles”.*



## 2.1. Definición

- Poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la administración en su calidad de tal, a efectos de declarar su terminación; su modificación e interpretación unilateral, como medidas extremas que debe adoptar después de agotar otros mecanismo para la debida ejecución del contrato, y cuya finalidad es la de evitar no sólo la paralización de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos.

## 2.2. Cláusulas exorbitantes o excepcionales

- *C.E.: “Al hablar de disposiciones extrañas a la contratación particular, se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo del interés general sino de los fines estatales”.*





## 2.3. Definición y contenido

- *“Son actos unilaterales de indiscutible factura y sólo pueden ser dictados por la administración en ejercicio de poderes legales, denominados generalmente exorbitantes. El hecho que tales actos se dicten en desarrollo de un contrato, no les da una fisonomía propia, porque el contrato no es la fuente que dimana el poder para expedirlos, sino ésta está únicamente en la ley. Esos poderes, así, no los otorga el contrato y su ejercicio no puede ser objeto del convenio (C.E. S. de lo Contencioso Administrativo. S. 3ª. abr 13/94 (C. Const, Sent C 1436, oct 25 /2000 M.P. Alfredo Tulio Beltrán Sierra).*

## 2.4. Cláusulas exorbitantes y el derecho de contratación



- *i) la efectividad de ese derecho en las instancias administrativas supone la posibilidad de que el administrado interesado en la decisión final que se adopte con respecto de sus derechos e intereses, pueda cuestionarla y presentar pruebas, así como controvertir las que se alleguen en su contra (C.P: art 29), pues, a juicio de la Corte, de esta forma se permite racionalizar el proceso de toma de decisiones administrativas, en tanto que “ello evidentemente constituye un límite para evitar la arbitrariedad del poder público. S. T- 165 de 2001. (C.C. Sentencia T 1341 Dic 11 /2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis).*

## 2.5. Poder excepcional especial

- El establecimiento de esta clase de potestades excepcionales encuentra apoyo constitucional en las reglas que exigen que la función administrativa debe adelantarse en aras de la consecución de los fines estatales y con fundamento en los principios de igualdad, oralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. (C.P. artículo 209)



## 2.5. Poder excepcional .....



Además, la utilización que de esas potestades se haga, se encuentra sometida a los mandatos constitucionales que disponen que los servidores públicos deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, siendo responsables por el desconocimiento de estos mandatos, al igual que por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones C.P. 123 y 6.



## 2.5. Poder excepcional especial..

- Con base en lo expuesto, es importante resaltar que el legislador en la Ley 80 de 1993, en desarrollo de la facultad de las entidades estatales de adelantar la dirección general de la contratación estatal y por virtud de la responsabilidad que tienen las mismas frente al control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales, estableció dos potestades excepcionales para darlos por terminados unilateral y anticipadamente, en aras de la protección del interés general involucrado en esta materia, pero que difieren sustancialmente la una de la otra, en virtud de su finalidad y en sus específicas causales.

## 2.6. Terminación unilateral (D. 1436 de 1998), artículo 17 Ley 80

1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo impongan.
2. Por muerte o incapacidad física del contratista.
3. Por disolución de la persona jurídica del contratista
4. Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista.
5. Por cesación de pago, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.



# Artículo 17.... Terminación

- En los casos 2 o 3 podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.
- La iniciación del trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral, en tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato.
- La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio



# Artículo 45 Ley 80, Terminación

- La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, o por cualquier persona, o declarada de oficio y no es susceptible de saneamiento por ratificación.
  - En los casos previstos en los numerales 1, 2 y 3, el Jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado, y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.
- 
- 1.- Personas incursas en inhabilidad o incompatibilidad
  - 2. Contra expresa prohibición legal o constitucional
  - 3.- Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten



## 2.7. Jurisprudencia Terminación

- *“Así las cosas, mientras la potestad excepcional del artículo 17 Ley 80 de 1993 resulta de las exigencias impuestas por el servicio público y por la situación de orden público, al igual que por la imposibilidad de garantizar el cumplimiento del objeto contractual por causas atribuibles al contratista, que le impide obtener de manera oportuna y eficiente los bienes y servicios prepuestos S. C. 454 de 1994. , en el caso de la potestad excepcional del artículo 45 de esta misma normatividad, con ésta se busca interrumpir los efectos jurídicos de un contrato viciado de nulidad absoluta que atenta contra el orden jurídico, hasta tanto el juez del contrato defina de fondo la situación de la validez jurídica del mismo, diferencia que necesariamente debe resultar reflejada en otras materias atinentes al campo de los contratos estatales”. C.C. S T 1341 del 11 de diciembre de 2001., M.P. Álvaro Tafur Galvis).*



## 2.8 Exclusión en los contratos interadministrativos

- En los contratos interadministrativos en razón de los sujetos que los celebren, debe prescindirse de la estipulación de las cláusulas excepcionales e incluirlas significaría desconocer lo prescrito por la ley. C.E. sección 3ª. Auto 22840 nov 13 /2003 M.P. Ricardo Hoyos Duque

## 2.9 Cláusulas de privilegio

- Algunos doctrinantes distinguen las cláusulas excepcionales , antes denominadas exorbitantes, de las llamadas cláusulas de privilegio caracterizadas por ser estipulaciones que si bien denotan algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante, no operan bajo el mismo rigor de las cláusulas excepcionales, por no constituir materia enteramente ajena a la contratación privada.

## 2.9. Cláusulas de privilegio

- Entre las primeras se agrupan las de interpretación, modificación, terminación y declaración de caducidad. En las segundas se consideran las cláusulas de reversión y de garantía.
- La diferencia básica consiste en el título de su incorporación en los contratos.



## 2.9. Cláusulas de privilegio

- Mientras que en los de carácter estatal su estipulación responde a un imperativo legal, en los privados su figuración contractual supone el consenso de las partes contratantes porque no siempre demanda la expedición de actos administrativos que las materialicen. Existen además a favor de la administración el poder de dirección, control y vigilancia de los contratos. C.C. Sentencia T 13-41 D,.11 /2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis.



# 3. Cesión del contrato

- Como causa de una inhabilidad sobreviniente.
- No es obligatorio para la entidad estatal aceptar la cesión del contrato propuesta por el contratista, al cual se le presentó una inhabilidad sobreviniente de conformidad con el inciso primero del artículo 9 de la ley 80 de 1993.





## 3.1. Criterios para aceptar la cesión

- Los criterios jurídicos que debe tener en cuenta la entidad estatal para aceptar o negar dicha cesión de contrato, son verificar si la cesión es procedente o no de acuerdo con las normas legales, proteger los derechos de la entidad (L. 80 /93, art 21-1), observar el carácter de *intuitu personae* que tiene n los contratos estatales (inc. 3º. Artículo 41 ley 80) y por ende, analizar la capacidad, organización y experiencia del cesionario propuesto, ejercer la autonomía de la voluntad (in 1º artículo 32 e inciso 2º artículo 40 íbidem, y buscar alcanzar los fines de la contratación estatal (artículo 3º íbidem ). C.E., S. de Consulta Cons 1346 mayo 17/ 2001 M.P. César Hoyos Salazar

## 3.2. Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes.

- Artículo 9º Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.
- Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

## 3.2. Inhabilidad sobreviniente...

- Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los dos miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá, su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

## 3.3. Prohibición de cesión

- El contrato estatal se celebra *intuitu personae*
- “con fundamento en las precisiones y consideraciones precedentes se concluye que, en definitiva, el contrato estatal se celebra *intuitu personae* en cuanto el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son los más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan, para lo cual resulta válido, por ejemplo, condicionar la cesión del contrato a que el cedente, contratista originario, cuente con su previa autorización, por cuanto como bien se sabe, la cesión del contrato implica la sustitución en la persona del contratista, de forma tal que frente al contratista originario se extinguen las obligaciones y derechos derivados del contrato cedido en virtud del fenómeno de la novación, para ser transferidas al cesionario quien en adelante obtendrá la calidad de contratista y frente a quien la administración debe exigir las calidades técnicas, financieras y administrativas necesarias para garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual C.E. S. 3ª. Auto 21845, febrero 2 /2002 M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

# 4. Adición del Contrato

- Artículo 40 Ley 80 de 1993 parágrafo:
- *Sin duda, la modificación del objeto del contrato debe surtirse por vía de un contrato adicional y prueba de ello es que se entiende perfeccionado un contrato cuando existe acuerdo respecto del objeto y del precio y dicho acuerdo se eleva a escrito. No desconoce la Sala que la adición del contrato por modificación del objeto puede conllevar al incremento del valor del precio inicialmente pactado, pero no es a esta modificación del valor a la que se refiere el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, pues tal interpretación llevaría a enfrentamiento de la disposiciones analizadas, lo que en aplicación del principio del efecto útil de las normas conduce a colegir que la reforma de precios aludida en ese parágrafo es aquella surgida de mayores cantidades de obra ya ejecutadas o cuando de imprevistos en la ejecución del contrato se trata. C.E. S. 5ª. S. 3314, mayo 20/2004, M.P. María Noemí Hernández Pinzón.*



## 4. Adición del Contrato.

- Artículo 40 Ley 80 de 1993
- Parágrafo único: Los contratos no podrán adicionarse en más del 50 % de su valor inicial, expresando este en SMLMV.



## 4.1. Adición del Contrato

- *Se dice que la adición del contrato es distinta del contrato adicional, lo cual no es cierto, dado que la única regulación existente en el régimen de contratación actualmente vigente sobre adición de contrato o contrato adicional, es la del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, es decir, que el contrato se adiciona o se suscribe un contrato adicional, según la artificiosa innecesaria y errada aseveración de la sentencia en ejercicio de la autorización del artículo 40 referido.*

## 4.1. Adición del contrato

- “(...)De tal suerte que si bien es cierto la conducta imputada por el acto a la contratante sí se acreditó pues a los valores adicionales estipulados, por las partes, bajo la vigencia de la ley 80 de 1993, Invías le descontó al contratista el 5% por concepto de contribución especial, también lo es que esa conducta no fue anormal, ni falente, ni transgresora de las normas invocadas por la demandante, ni el daño fue de aquellos llamados antijurídicos entendido como aquel que el administrado, en este caso el contratista, no está obligado a soportar, pues por el contrario lo aceptó con pleno conocimiento de causa y de la ley cuya ignorancia, por lo demás, no sirve de excusa.



## 4.2. Adición .....

- *Por otra parte, tampoco es cierto que el objeto del contrato pueda o deba ser modificado mediante contrato adicional porque ello implicaría violar manifiestamente la ley del contrato (pliego de condiciones, llamado a licitación) y todos los principios de transparencia, economía , responsabilidad y selección objetiva que rigen la contratación estatal. Así por ejemplo no puede licitar la construcción de una carretera y luego adjudicar el contrato y de comenzar su ejecución, optar los contratantes por ponerse de acuerdo en suscribir un contrato adicional para ejecutar otro objeto, v. gra. La construcción de un aeropuerto o un edificio.*
- *En relación con las adiciones económicas al contrato es importante tener en cuenta las disposiciones presupuestales que exigen para autorizar el gasto la existencia previa de acto o contrato D 1111/96, art 71*

## 4.2. Adición del contrato....

- *Finalmente el demandante pretendió excusar su aceptación a la cláusula de sometimiento a la contribución especial, argumentando que no le era permitido, por razones de servicio, detener la obra, lo cual encuentra apoyo en efecto en la ley, pero lo que no es viable aceptar es la reiterada suscripción de contratos adicionales al valor del contrato sin salvedad alguna a esta cláusula en el entendido de encontrarse cobijado por el artículo 5 de la ley 80 de 1993 (C.E. S 3ª. S. 85001 M.P. María Elena Giraldo Gómez*

## 4.3. Consentimiento

- “(...)Por otra parte, y de las cláusulas pertinentes aceptadas y estipuladas por las partes, el contratista aceptó el sometimiento y la aplicación de la Ley 104 de 1993 frente a aquellos contratos adicionales que se suscribieron con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma y sobre los cuales únicamente se hizo el descuento tributario con el agravante de que o dejó salvedad sobre su voluntad, estipulación que desvirtúa en forma flagrante el requisito de la imprevisibilidad que caracteriza a la teoría del mismo nombre, pues conocía para la época de celebración del contrato adicional en qué medida sería el impacto de imposición tributaria y sin embargo no tocó los pactos económicos de la negociación. Y se destaca que en el evento hipotético que hubiese hecho salvedad su contenido sería leonino.

## 5. Modificación unilateral.



- Artículo 16: *“Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”.*

## 5. Modificación del contrato

- *Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un 20% o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarios para garantizar la terminación del objeto del mismo.*



## 5.1. Modificación .....



- *“Es una prerrogativa pública o privilegio contractual que tiene la administración es de naturaleza reglada, porque para poder ejercerla debe constatar la existencia de los supuestos fácticos previstos en la norma, previa garantía del debido proceso.*
- *Además, esta medida, que debe hacerse mediante acto administrativo debidamente motivado, se encuentra revestida de la presunción de legalidad y como tal adquiere el carácter de obligatoriedad, de ejecutividad, y de eficacia.*

## 5.1. Modificación

- *“Es decir, que la modificación unilateral no es discrecional ya que debe adoptarse solamente cuando dentro de la ejecución de un contrato se presenten circunstancias que puedan paralizar o afectar la prestación de un servicio público que se deba satisfacer con este instrumento.*



## 5.2. Renuncia al contrato



- *Ahora bien, cuando las modificaciones alteran el valor del contrato en un 20% o más del valor inicial, el artículo 16 permite que el contratista pueda renunciar a la continuación de la ejecución, evento en el cual la entidad contratante debe ordenar la liquidación del contrato y adoptar de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto contractual, determinación que se juzga razonable si se tiene en cuenta que, de un lado, no parece justo que frente a esta circunstancia se constriña al contratista para que culmine una obra que pueda acarrearle consecuencias económicamente desfavorables.*

## 5.3. Reconocimiento de compensaciones.



- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 numeral 1 de la Ley 80 de 1993, en los actos en que se ejerciten la potestad de modificación unilateral deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tal medida y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio contractual.

## 5.4. Responsabilidad



- *Así las cosas, la modificación unilateral es una prerrogativa que se deriva de la responsabilidad de garantizar la continuidad del servicio contratado, adquiriendo la administración las facultades necesarias para tomar las medidas que aseguren la continuidad en la ejecución del mismo.*
- *La administración no goza de discrecionalidad para contratar, porque dada la naturaleza del interés público que se pretende satisfacer, debe acudir a la adjudicación directa que está sujeta como todo proceso de escogencia del contratista al principio de selección objetiva y de transparencias consagrados en el artículo 209 constitucional.*

## 5.5. Responsabilidad estatal

- *Para la Corte es claro que en el evento al que se refiere la norma que se examina, la selección del mecanismos indispensable para garantizar la terminación del objeto contractual no puede alejarse ni un ápice de los principios rectores del ejercicio de la función administrativa, consagrados en el artículo 209 constitucional,, en el código contencioso administrativo y demás disposiciones legales y reglamentarias, pues los servidores públicos por mandato del artículo 6º superior, en concordancia con los artículos 21 y ss de la misma carga, sólo pueden hacer aquello que les esté permitido por la C, la ley y el reglamento. C.C. sentencia C 949 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.*

**GRACIAS POR SU  
ATENCIÓN**