

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO



EFFECTOS DE LAS VARIACIONES DE LOS PRECIOS EN LOS CONTRATOS DE
OBRA PÚBLICA DE LA ADMINISTRACIÓN, HACIENDO ÉNFASIS EN LOS
CONTRATOS DE OBRA PACTADOS A PRECIOS GLOBALES Y UNITARIOS.

MARCOS GABRIEL PEÑA NOGUERA

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de MAGÍSTER EN
DERECHO ADMINISTRATIVO

Director: JUAN PABLO MARÍN ECHEVERRY

Bogotá D.C., Colombia

Mayo 2019

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO



MARCOS GABRIEL PEÑA NOGUERA

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de MAGÍSTER EN
DERECHO ADMINISTRATIVO

Bogotá D.C., Colombia

Mayo 2019

TABLA DE CONTENIDO

1.	INTRODUCCIÓN	5
2.	EL PRECIO COMO REQUISITO <i>SINE QUA NON</i> EN LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN.	6
2.1.	Elaboración y función de los estudios y requerimientos previos.....	7
2.2.	De la consecución del precio en los contratos de la administración.	8
3.	PRINCIPIO GENERAL DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO Y DE RESPONSABILIDAD COMO PILARES DENTRO DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN.....	11
3.1.	El principio de responsabilidad.	15
4.	LA VARIACIÓN DE LOS PRECIOS EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA Y LA DEFICIENTE ESTRUCTURACIÓN PRECONTRACTUAL.	16
5.	VALOR AGREGADO DE LAS FIGURAS DENOMINADAS ADICIÓN CONTRACTUAL Y EL CONTRATO ADICIONAL DENTRO DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN.	19
6.	LA FORMA DE PAGO EN EL CONTRATO DE OBRA Y LOS EFECTOS DE LA VARIACIÓN- GENERALIDADES.....	22
6.1.	Análisis en la contratación de obra pública.	25
6.2.	El precio como factor preponderante en los contratos de obra de la administración.	27
6.3.	El precio como factor en los contratos de obra pública de la administración pactados globalmente.	29
6.4.	Los APU en los contratos de obra pública de la administración.	30
7.	LA DETERMINACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES.	32
8.	DE LOS CAMBIOS EN EL PRECIO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA DE LA ADMINISTRACIÓN COMO CONSECUENCIA DE UN DESEQUILIBRIO ECONÓMICO.....	37
9.	EFFECTOS DE LA VARIACIÓN DE PRECIOS EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA DE LA ADMINISTRACIÓN.	41
9.1.	El reajuste y la revisión de precios en los contratos de obra pública de la administración.	42
9.1.1.	Reajuste de precios.....	42
9.1.2.	Revisión de precios.	46
9.2.	Posibilidad de acordar ajustes en la liquidación.	50
9.3.	Consecuencias de la falta de planeación al momento de la celebración de contratos de obra pública de la administración.....	50
9.3.1.	Falta de planeación dentro del contrato de obra pública pactado a precio global.	54
9.3.1.1.	El contrato adicional como solución de la Entidad contratante en los contratos de obra pública pactados a precio global.	55

9.3.1.2. La aplicación de la teoría de la imprevisión, como factor eximente de responsabilidad para la administración en los contratos de obra pública pactados a precio global.	57
9.3.2. Falta de planeación dentro del contrato de obra pública de la administración cuya modalidad de pago se realizará a precios unitarios.	60
9.3.2.1. La variación de precios como consecuencia de la inclusión ítems no previstos y mayores cantidades en los contratos de obra pública pactados a precio unitario.	63
9.3.2.2. El tratamiento de los precios unitarios en los contratos de obra pública a través de la teoría del hecho cumplido.	65
9.4. La variación de los precios dentro de los contratos de obra pública de la administración como causa de una modificación unilateral.	67
10. IMPLICACIONES DE LA VARIACIÓN DE PRECIOS INCORPORADOS DENTRO DE LA MATRIZ DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA DE LA ADMINISTRACIÓN.	74
10.1. El tratamiento de los riesgos dentro de los contratos de la administración.	74
10.2. Administración del riesgo contractual previsible a partir de la Ley 1150 de 2007.	77
10.3. La variación de precios como un riesgo previsible incorporado en la matriz.	78
10.3.1. Matriz de riesgo en contratos de obra pública pactados a precios globales.	79
10.3.2. Matriz de riesgo en contratos de obra pública pactados a precios unitarios.	80
11. BUENAS PRÁCTICAS DENTRO DE LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA CONCOMITANTE A LA VARIACIÓN DE PRECIOS DENTRO DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA.	81
12. CONCLUSIONES.	84
12.1. Con respecto al valor del contrato como requisito indispensable dentro de la obra pública de la administración, y el equilibrio económico como principio constitucional.	84
12.2. Respecto de la modificación unilateral del contrato estatal y los efectos de la variación de los precios en la obra pública de la administración.	89
13. BIBLIOGRAFÍA.	93
13.1. Doctrinales.	93
13.2. Jurisprudenciales.	94
13.3. Normativas.	99

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la Ley 80 de 1993 el legislador no reguló las modalidades de precio global y de precios unitarios, sin embargo, actualmente la voluntad común de los contratantes da cabida a estas dos categorías y cuyos vestigios más próximos se encontraban en el derogado Decreto 222 de 1983.

En los artículos 88 y 89 de esa norma estaban consagradas las definiciones de precio global y de precio unitario respectivamente, el primero, consistía en un **valor fijo pactado** desde la celebración del contrato y el segundo en un **valor estimado acordado** desde la celebración del contrato; por otro lado, según lo previsto en dicho Decreto, los riesgos del contrato no marcaban un aspecto diferenciador entre esas dos modalidades.

Así las cosas, el precio global se caracteriza porque al momento de celebrar el contrato su precio obedece a un cálculo exacto del mismo, instante en el cual los contratantes son conscientes que, en principio, el precio concertado debe mantenerse hasta la entrega final a satisfacción de la obra.

De otro lado, en los precios unitarios, cuando se celebra el contrato su precio no es exacto y sólo puede determinarse luego de ejecutado el objeto contractual, al sumar la totalidad de los costos de las actividades que desarrolló el contratista, para lo cual, debe multiplicarse el precio que ofreció para cada unidad (actividad) por la cantidad realmente ejecutada de cada una de ellas; por lo anterior, desde la fecha de suscripción del contrato las partes conocen que el precio inicialmente pactado no corresponde al valor total de la obra pues podrán variar las cantidades convenidas (mayores cantidades), al no provenir de un cálculo preciso como en el precio global, o también, que en dichas actividades cotizadas individualmente faltaron otras indispensables para construir la obra (ítem no previstos).

Por lo anterior, es preciso concluir que las variaciones de los precios en los contratos de obra pública de la administración deben conllevar una rigurosidad para que estas produzcan efectos jurídicos. Así como dar claridad en los siguientes aspectos: (i) construir bases sólidas dentro del régimen de la contratación del Estado, así como del contrato de obra pública y su contenido, delimitando las reglas claras para el desarrollo y su ejecución, e incorporando las situaciones apremiantes en cuanto a las reglas de precios y costos; (ii) caracterizar mediante la descripción, el contenido del contrato de obra pública de La administración pactado a precio global y a precio unitario; (iii) determinar la importancia del precio y los costos dentro de cada uno del contrato de obra pública pactado a precio global y a precio unitario, y su posibilidad de modificación en la ejecución, y (iv) se analizará el contrato de obra pública dentro de cada una de las etapas contractuales con su documentación y las posibles modificaciones a los precios y costos si fueren a precio global o unitario.

Es así que, el problema jurídico que se pretende solucionar es: *¿la figura de la modificación unilateral se convierte en un mecanismo idóneo para realizar variaciones al precio de un contrato de obra con el fin de respetar el equilibrio económico del contrato?*

De igual forma se entrará a analizar la conveniencia y oportunidad de constituir contratos adicionales cuando existan obras e ítems no previstos en la estructuración precontractual por falla en los estudios y documentos previos, los cuales debieron ser advertidos por las partes en este tipo de contratos.

2. EL PRECIO COMO REQUISITO *SINE QUA NON* EN LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN.

Es claro que el precio es uno de los elementos de la esencia del contrato estatal, igualmente hace parte del contexto de la formalidad del mismo, considerando la contraprestación entre entidad estatal y contratista (bien y/o servicios por valor

económico), es así que este fenómeno se logra vislumbrar con mayor claridad en el tema que nos ocupa, *el contrato de obra pública de la administración*.

Es así como, para desarrollar lo anterior es preciso remitirse al nacimiento, germen o génesis del contrato estatal, es decir, desde la etapa precontractual y la incorporación del precio dentro del mismo, acudiendo a las siguientes actividades:

2.1. Elaboración y función de los estudios y requerimientos previos.

“Conforme a lo ya señalado al referirnos al principio de economía, particularmente, a los estudios de oportunidad y conveniencia para contratar a la elaboración de estudios previos, los requisitos presupuestales, las autorizaciones y aprobaciones necesarias, hacemos referencia a lo que denominamos los deberes de estructuración del negocio jurídico estatal que, por principio general, están en cabeza de la respectiva entidad estatal contratante. Regla general que se manifiesta sin perjuicio de los deberes que acompañan como colaboradores de la administración a los sujetos participantes que quieren convertirse en contratistas del Estado y a cuya experiencia acude la administración, justamente, para adelantar el correspondiente objeto contractual quienes una vez puestos en conocimiento de los estudios previos y de los pliegos de condiciones y sometidos al proceso selectivo correspondiente, están obligados a someterse a los mismos y a cuestionar en las debidas oportunidades las posibles falencias que desde su experiencia puedan encontrar en los soportes del futuro negocio jurídico estatal”.¹

Por lo dicho, es claro que todo contrato estatal necesita de una fase previa donde se integren las actividades ya mencionadas y que son traídas a colación por el doctor MOLANO LÓPEZ, dentro de las cuales encontramos con referencia al precio *El cumplimiento de los requisitos relacionados con la existencia de recursos disponibles*.

¹ MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. La Nueva Estructura de los Procesos Selectivos en la Contratación Estatal, primera edición, Bogotá D.C., Ediciones Nueva Jurídica, 2009, pág. 132 (*“Estructuración del negocio jurídico estatal”*)

Al respecto el CONSEJO DE ESTADO ha expresado: “(...) *La contratación adelantada por el Estado no puede ser el producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, sino que debe obedecer a un procedimiento previo, producto de la planeación, orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, fin último que se busca con la contratación estatal. Lo contrario conllevaría al desvío de recursos públicos o al despilfarro de la administración al intervenir sus escasos recursos en obras o servicios no prioritarios ni necesarios. El principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, **con las partidas presupuestales requeridas**, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado. En este orden de ideas la elaboración de diseños, planos del proyecto y **estudios completos son indispensables para conocer el monto de la inversión** ² (...)” NEGRITAS Y SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO*

Es por lo anterior, que la realización de un contrato estatal no es un tema al azar por parte de las entidades estatales, el mismo lleva consigo una planeación rigurosa, lo mismo ocurre con el precio dentro de los contratos que la Administración requiera para cumplir con los fines y su misionalidad.

2.2. De la consecución del precio en los contratos de la administración.

Es de mencionar que el precio en los contratos estatales no está dado al arbitrio de la administración, este requiere principalmente del planteamiento de una necesidad

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia del 1° de diciembre de 2008, Consejera Ponente: MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR. Expediente: 850012331000 0423 01(15603). Actor Estudios y Construcciones Eléctricas-ECELEC LTDA, demandado: Departamento de Casanare.

específica como principio de planeación de la Administración incorporada dentro de un plan anual de adquisiciones – PAA y del plan de compras dentro de la vigencia correspondiente de una entidad estatal, en principio el precio se realiza mediante un estimativo, el cual obra dentro de dichos planes.

No obstante, le corresponde a la entidad la realización de los correspondientes estudios del sector, estudios técnicos y análisis de mercado dentro de cada contratación que se pretenda realizar como regla general, por lo cual:

*“La decisión y definición de la necesidad se inscribe dentro de la exigencia que hace el numeral 7° del artículo 25³ al definir la conveniencia del objeto a contratar; así como en el objeto de la entidad y al plan sectorial de desarrollo en el que esté inscrita, para los casos de los proyectos de inversión, así como su plan de compras y de contrataciones que debe ser visualizado por la administración desde el comienzo de cada vigencia. Así mismo, se diría que en los casos en que la contratación tenga lugar con ocasión del funcionamiento ordinario de la entidad, esta deberá hacer las justificaciones del caso bien desde el citado plan de compras o bien, si se trata de contratación de servicios personales, por la insuficiencia o inexistencia en planta de personal, para proceder a la contratación correspondiente”.*⁴

En este sentido es preciso indicar que el análisis del sector permite establecer el contexto del Proceso de Contratación, identificar algunos de los Riesgos y determinar los requisitos habilitantes.

Es por La función de compras debe estar orientada a satisfacer las necesidades de la Entidad Estatal y a obtener el mayor valor por el dinero público. En consecuencia,

³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 80 DE 1993, Artículo 25 numeral 7°. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

⁴ MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. La Nueva Estructura de los Procesos Selectivos en la Contratación Estatal, primera edición, Bogotá D.C., Ediciones Nueva Jurídica, 2009, pág. 140 (*“Estructuración del negocio jurídico estatal”*)

la Entidad Estatal debe entender claramente y conocer: (a) cuál es su necesidad y cómo puede satisfacerla; (b) cómo y quiénes pueden proveer los bienes, obras y servicios que necesita; y (c) el contexto en el cual los posibles proveedores desarrollan su actividad.

El artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015⁵ establece el deber de las Entidades Estatales de analizar el sector, es decir, el mercado relativo al objeto del Proceso de Contratación, desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de Riesgo. El resultado del análisis debe plasmarse en los estudios y documentos previos del Proceso de Contratación. La importancia de realizar este análisis ha sido recalcada en las recomendaciones que la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos (OCDE) le ha formulado al Gobierno Nacional, las cuales constituyen buenas prácticas en materia de promoción de la competencia en la contratación pública.

*Del mismo modo, se requiere de un análisis económico del sector, donde “la Entidad Estatal luego de conocer su necesidad y de identificar los bienes, obras o servicios que la satisfacen está en capacidad de definir el sector o mercado al cual pertenecen tales bienes, obras o servicios y hacer el análisis correspondiente. El análisis del sector ofrece herramientas para establecer el contexto del Proceso de Contratación, identificar algunos de los Riesgos, determinar los requisitos habilitantes y la forma de evaluar las ofertas. El alcance del estudio de sector debe ser proporcionado al valor del Proceso de Contratación, la naturaleza del objeto a contratar, el tipo de contrato y a los Riesgos identificados para el Proceso de Contratación”.*⁶

Lo anterior, de manera general para la consecución de los precios en los contratos de la administración, pero, también encontramos a modo enunciativo (como quiera que no hace parte de nuestro análisis en el presente documento) en los procesos

⁵ DECRETO 1082 DE 2015, ARTICULO 2.2.1.1.1.6.1. DEBER DE ANÁLISIS DE LAS ENTIDADES ESTATALES.

⁶ GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS DEL SECTOR (G-EES-02) – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_elaboracion_estudios.pdf

para contratar vigilancia⁷, así como para contratar seguros⁸, que existen unos precios regulados dentro de normas para respetar los precios de mercado y garantizar la libre concurrencia y oportunidad de quienes participen en el mismo, es decir, para este tipo de procesos no es necesario realizar la solicitud a proveedores para fijar el precio del proceso de contratación que luego se convertirá en el valor inicial del contrato.

Finalmente, y a manera de conclusión de lo anterior, es de anotar que el precio del contrato se encuentra dado por el estudio del sector, el análisis económico y los indicadores financieros resultantes de la necesidad dentro de cada contrato dependiendo su tipología, en tratándose de los contratos de obra pública de la administración este requisito es obligatorio para dar origen al precio o valor inicial del contrato. (más adelante trataremos el tema del valor inicial y el valor final del contrato de obra pública dependiendo su forma de pago, ya sea a precios unitarios o a precio global fijo).

3. PRINCIPIO GENERAL DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO Y DE RESPONSABILIDAD COMO PILARES DENTRO DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN.

El régimen contractual de la administración pública es objeto de reglamentación legal, a diferencia del régimen francés, ampliamente jurisprudencial. Por lo tanto, pese a la importancia de la jurisprudencia, es en la Ley 80 de 1993 donde debe buscarse el fundamento de la responsabilidad contractual sin culpa o falla en el servicio, de tal suerte es importante mencionar los artículos que aplican de la

⁷ CIRCULAR EXTERNA N° 20194000000025 - TARIFAS PARA LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA VIGENCIA DE 2019 – SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA.

⁸ CARTA CIRCULAR No. 82 del 27 de diciembre de 2018 - Tarifa anual del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) para 2019 – SUPERINTENDENCIA FINANCIERA.

mencionada ley sobre el particular. Los artículos 3° y 27 de la Ley 80 de 1993⁹, establecen el principio de la ecuación de las prestaciones contractuales según una concepción más igualitaria del contrato estatal.

Al realizar el análisis correspondiente al contenido del artículo 3° de la Ley 80 de 1993, donde los intereses de cada una de las partes del contrato estatal no son equivalentes, Pero su colaboración reciproca obligan al mismo tiempo a que cada una tenga en cuenta el interés de la otra. Así, *“la administración debe garantizar los intereses del contratista y este ha de tener en cuenta su condición de colaborador de la administración”*.¹⁰

De tal modo, el artículo 3° de la mencionada ley, no determina los derechos de las partes en caso de variación de las condiciones contractuales, como si lo hace el artículo 27 de Ley 80 de 1993, *“sin embargo, este último no consagra una ayuda especial al contratista, originada en el espíritu de solidaridad de la administración*

⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 80 DE 1993, Artículo 3°. 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 colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Artículo 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar (Sentencia C-965-03 de 21 de octubre de 2003, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil – inhibitoria), según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses (Sentencia C-965-03 de 21 de octubre de 2003, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil – exequible), si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

¹⁰ BENAVIDES, José Luis. El Contrato Estatal, segunda edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 144 (*“La ecuación contractual en la Ley 80 de 1993”*)

*para con él por los sacrificios especiales que debe asumir en la ejecución del contrato”.*¹¹

En cuanto a la conservación aritmética de las condiciones contractuales iniciales que pueden variar no solamente contra los intereses del contratista, sino también contra los de la entidad contratante, por lo dicho se podría establecer: primero, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993¹² sobre la interpretación de las reglas contractuales establece como base la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos, lo cual complementa la regla del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 que obliga a las partes a restablecer el equilibrio no solamente cuando este se modifica en perjuicio del contratista, sino también cuando es la administración quien resulta perjudicada.

Lo anterior lleva implícito como característica del contrato estatal, su conmutatividad, es decir, la existencia del principio de la reciprocidad de las prestaciones. Esto se traduce en que, durante la ejecución del contrato, la equivalencia objetiva de las prestaciones recíprocas (al referirse a la conmutatividad objetiva) debe mantenerse con el fin de salvaguardar el equilibrio económico del contrato, es decir mantener la ecuación financiera de este incólume, y de hecho, de conservar el carácter contractual del acuerdo alcanzado por el Estado y su contratista.

Esto, para decir, que la conmutatividad es una característica esencial de todos los contratos de la administración.

Segundo, la Ley 80 de 1993 estableció el principio de la intangibilidad del precio del contrato a favor de las dos partes, y no sólo a favor del contratista, como se logra

¹¹ BENAVIDES, José Luis. El Contrato Estatal, segunda edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 144 (“*La ecuación contractual en la Ley 80 de 1993*”)

¹² CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 80 DE 1993, Artículo 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas (Sentencia C-400-1999 de 2 de junio de 1999, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa – exequible) y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

observar dentro de la regla del numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993¹³ que establece el derecho del contratista “a que el valor intrínseco del contrato no se altere o modifique durante la vigencia del mismo”, del mismo modo, en el numeral 3° del artículo 4° y dentro del ya mencionado artículo 27 de la Ley 80 de 1993¹⁴, se consagró igual derecho a la entidad contratante, quien puede lograr la actualización o la revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

Todo lo anterior encausado dentro del panorama del presente documento, indica que la preservación del equilibrio inicial de los derechos y obligaciones no aporta una solución directa a los problemas de los riesgos contractuales. En efecto, ella puede explicar las compensaciones económicas, consecuencia de las modificaciones del contrato, o de algunas variaciones de precios de los bienes y servicios objeto de este, porque en uno u otro caso es la conmutatividad inicial del contrato la que se ve afectada, pero sobre las mismas bases iniciales. El caso típico es el aumento de las cantidades de obra o servicio en un contrato de obra pública pactado a precio unitario, pero en la mayoría de hechos imprevistos el problema no es la modificación de la reciprocidad de las prestaciones originales sino la aparición de circunstancias nuevas que, por ser justamente inesperadas, imprevistas, varían las prestaciones originales.

Para terminar, el problema es saber quién debe soportar las consecuencias económicas de esos hechos inesperados. En el fondo, se trata de establecer cuál

¹³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 80 DE 1993, Artículo 5° - numeral 1°. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. (...) 1° Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato (...)

¹⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 80 DE 1993, Artículo 4° - numeral 3°. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. (...) 3° Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato. (...)

Artículo 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar (Sentencia C-965-03 de 21 de octubre de 2003, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil – inhibitoria), 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.

de las partes debe soportar el riesgo contractual, y en la solución de este problema, ni las condiciones iniciales del contrato, ni la teoría del equilibrio financiero, tal como la concibe el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, pueden brindar una respuesta. Por lo tanto, es necesario acudir a los principios generales del contrato, obedeciendo a la remisión hecha por los artículos 13 y 28 de la Ley 80 de 1993¹⁵ sobre el régimen jurídico aplicable y sobre la interpretación de los contratos, como se verá en el capítulo siguiente.

3.1. El principio de responsabilidad.

Este se encuentra plasmado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 y básicamente se refiere al cometido estatal e institucional de los que participan en la actividad contractual, trayendo a colación apartes que se explican dentro de la exposición de motivos para la Ley 80 de 1993, expresados respecto de:

“(...) Un aspecto fundamental que debe destacarse consiste en que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección se atribuye al jefe o representante legal de la entidad y no a las juntas, consejos directivos, corporaciones administrativas u órganos de dirección, con lo cual se busca evitar que la responsabilidad derivada de dichas actuaciones termine diluyéndose entre el representante legal o jefe de la entidad y las personas que integran dichos organismos¹⁶ (...)”

Se puede observar que el legislador considera como aspecto fundamental que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y de los

¹⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 80 DE 1993, Artículo 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

Artículo 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas (Sentencia C-400-1999 de 2 de junio de 1999, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa – exequible) y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

¹⁶ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS LEY 80 DE 1993 – Gaceta del Congreso, número 75, pág. 17.

procesos se atribuya al representante legal de la entidad estatal, por cuanto obliga al ordenador del gasto a ser diligente en su accionar. Cuando se presentaban revisiones y autorizaciones previas, tal y como lo preveía el anterior estatuto, lo único que generaban era impunidad respecto de la responsabilidad tanto en los procesos de selección como en la ejecución de los contratos.

De tal suerte que se requiera la firma dentro del documento modificadorio de las partes (Representante Legal de la entidad contratante o su delegado y contratista) y si fuere del caso contar con el concepto favorable de la supervisión contractual y la interventoría su la tuviere, para la eficacia del documento, acudiendo al principio de responsabilidad de los que participan en la actividad contractual¹⁷.

4. LA VARIACIÓN DE LOS PRECIOS EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA Y LA DEFICIENTE ESTRUCTURACIÓN PRECONTRACTUAL.

La investigación que se realiza parte de afirmar con claridad meridiana sobre la complejidad de los contratos de la administración, señalando unos más complejos que otros de acuerdo con su tipología, es así, como dentro del presente trabajo se tomó de referencia el contrato de obra, analizando el precio y los costos del mismo.

Considerando la importancia del interrogante a resolver sobre: *¿la figura de la modificación unilateral se convierte en un mecanismo idóneo para realizar variaciones al precio de un contrato de obra con el fin de respetar el equilibrio económico del contrato? y los efectos de la variación de los precios en los contratos de obra pública de la administración, haciendo especial énfasis en los contratos pactados a precios globales y a precios unitarios*, manifestando como nota relevante que; *“mucho menos podrán pretender los contratistas, en estos casos, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos o, por decir*

¹⁷ Dentro del capítulo de CONCLUSIONES del presente documento investigativo.

*lo menos, a percibirlos con fundamento en un negocio que ostenta el vicio de ilegalidad por violar, entre otros, el principio de planeación”.*¹⁸

Sin embargo, es posible realizar ajustes al contrato durante la ejecución del mismo cuando estos ajustes sean realmente necesarios para la continuidad de la ejecución y que estos a su turno contengan una debida justificación, como lo plantea a modo de “*obiter dicta*” la sentencia C-300 de 2012¹⁹, esto de manera general.

Al respecto, es necesario considerar que en la Ley 80 de 1993 no se regulan las modalidades de precio del contrato estatal (precio global y precios unitarios), sin embargo, los contratantes tienen autonomía para acordar esas formas de pago.

En el Decreto 222 de 1983, anterior estatuto de contratación administrativa y que fue derogado por la Ley 80 de 1993, si existían reglas especiales referentes a esas dos modalidades de precio, en los artículos 88 y 89²⁰ estaban consagradas las definiciones de precio global y de precio unitario respectivamente, sin embargo, en la Ley 80 de 1993 no se hace referencia al criterio expuesto.

Con lo mencionado, podemos afirmar con claridad meridiana que hay un enorme vacío sobre el tratamiento de las variaciones de los precios dentro de los contratos de obra pública de la administración y sus efectos

¹⁸ SUÁREZ BELTÁN, Gonzalo. Estudios de Derecho Contractual Público, primera edición, Bogotá, Editorial Legis, 2014, pág. 24 (“*De la relación entre el principio de planeación y el manejo del riesgo: la nueva postura jurisprudencial*”)

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, expediente D-8699. Actor: Martín Bermúdez Muñoz. 25 de abril de 2012.

²⁰ DECRETO 222 DE 1983, ARTÍCULO 88. DE LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO A PRECIO GLOBAL. Los contratos a precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación de personal de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos.

ARTÍCULO 89. DE LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO A PRECIO UNITARIO. Los contratos a precios unitarios son aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije.

Obviamente, el Consejo de Estado ha proferido varias sentencias²¹ relacionadas con contratos cuyo régimen legal fue el Decreto 222 de 1983, en las cuales, ese alto Tribunal revisó la modalidad de precio acordada y ha manifestado:

“En efecto, en el contrato por precio global, el valor establecido en la cláusula de valor es vinculante y genera, por lo mismo, obligaciones mutuas pues señala la contraprestación a que tiene derecho el contratista por su trabajo, pero, a su vez, señala para él la obligación de ejecutar la totalidad de la obra por ese precio. Es por lo mismo, una cláusula que señala el verdadero valor total del contrato, pues el contrato se celebró a precio determinado”.

*“Por consiguiente, de acuerdo con lo dicho, la Sala retomará la regulación en materia de revisión de precios prevista en el artículo 86 del decreto ley 222 de 1983, norma ya pretranscrita de la cual se concluye que la revisión de precios refiere **a la variación de los factores que determinan los costos en los contratos celebrados a precio global o unitarios**; en cuyo caso prevé la revisión de precios con el objeto de evitar que esta variación imponga al contratista una carga anormal en el cumplimiento de su prestación”.*

Lo anterior revela la existencia de realidad contractual, la jurisprudencia señala de hecho que, no hay razones en principio para que un contrato de obra pública pactado a precios globales su valor inicial sea modificado, no sucede lo mismo con aquellos pactados a precios unitarios en donde los precios son variables, es decir, constan de un valor inicial y de un valor final que se da al terminar su ejecución.

En definitiva, a partir del Decreto 222 de 1983 y de la jurisprudencia del Consejo de Estado es posible estructurar un planteamiento general acerca del precio en el contrato estatal que sirva de fundamento para el desarrollo del presente documento.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto 1439 de julio 18 de 2002.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, radicación No. 68001-23-15-000-1996-11932-01(21570), del 30 de octubre de 2003.

Con el anterior planteamiento se quiere: (i) Caracterizar mediante la descripción, el contenido del contrato de obra objeto de análisis; (ii) Determinar la importancia del precio y los costos dentro de cada uno de los contratos seleccionados y su posibilidad de modificación en la ejecución; (iii) Analizar el contrato de obra dentro de cada una de las etapas contractuales con su documentación y las posibles modificaciones a los precios y costos si fueren a precio global o unitario (iv) Revisar las afectaciones de los cambios en los precios y los costos dentro del contrato, considerando los requisitos *ad solemnitatem* y *ad substantiam actus*, atado a la verificación de la matriz de riesgo de cada contrato y su asignación a la parte que se encuentre en mejor posición de soportarlo..

Claro está, que con esta orientación jurídica no se busca desdibujar el régimen legal de la Ley 80 de 1993, ni se pretende revivir normas que ya no existen dentro del ordenamiento jurídico colombiano, sino que los artículos que integraban el citado Decreto 222 de 1983 brindan nociones de lo que debe entenderse por precio global y por precios unitarios estudiados en el presente documento. Así las cosas, se precisa que; **(i)** la temática esbozada sobre los precios y costos antes mencionados la encontramos de manera expresa en el Decreto 222 de 1983; **(ii)** luego de lo cual, los anteriores conceptos desaparecen en la Ley 80 de 1993, y **(iii)** el pacto de estos precios dentro del contrato de obra podría obedecer en principio a la autonomía de la voluntad.

5. VALOR AGREGADO DE LAS FIGURAS DENOMINADAS *ADICIÓN CONTRACTUAL* Y EL *CONTRATO ADICIONAL* DENTRO DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN.

El tema que a continuación se desarrollará se hace importante en relación con el precio dentro de los contratos de obra pública de la administración, el mismo tiene un desarrollo jurisprudencial extenso antes de la Ley 80 de 1993 y luego de la vigencia de esta, por lo cual, sobre la diferencia entre contrato adicional y adición

del contrato, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido en cuanto al contrato adicional que:

“(...) estas nociones no corresponden a una misma figura jurídica. Así, mientras que por el primero se entiende aquel contrato que implica una modificación fundamental del convenio inicial, la segunda se refiere a una mera reforma del contrato que no implica una modificación de su objeto. Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, abandonó el concepto de contrato adicional e introdujo el de adición de los contratos, aunque sin especificar, de modo expreso, los elementos sobre los cuales puede hacerse la adición, señalando solamente un límite en el valor de esa figura, en cuanto el párrafo de su artículo 40 determinó que la misma no podía superar más del cincuenta por ciento (50%) del valor inicial del contrato.

Para el Consejo, 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 párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, pues tal interpretación llevaría al enfrentamiento de las 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 párrafo es aquella surgida de mayores cantidades de obra ya ejecutadas o cuando de imprevistos en la ejecución del contrato se trata.

Tan cierto resulta ser que la modificación del objeto del contrato debe surtirse por vía de un contrato adicional, que por estar en presencia de un nuevo objeto (no puede ser el mismo objeto aquel que ha sido modificado por adiciones), debe existir

un nuevo acuerdo de voluntades que lo determine y que de paso fije el precio que por el mismo cancelará la administración²² (...)”.

Por otra parte la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la adición contractual, ha señalado:

“(...) La adición del contrato puede entenderse como una modificación del mismo, por cuanto el artículo 16 de la ley 80 estatuye que la modificación unilateral consiste en introducir variaciones en el contrato por la entidad contratante, cuando previamente las partes no lleguen a un acuerdo sobre supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. Por su parte, el artículo 14 que prevé los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, entre ellos la modificación unilateral, prescribe que en los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas 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 inicial.

Por tanto, la adición del contrato debe entenderse como un agregado a las cláusulas del mismo. Es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presentan cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer. En estos casos, puede acudirse a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley²³ (...)”

²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Sentencia del 26 de enero de 2006, Consejero Ponente: DARIO QUIÑONES PINILLA. Expediente: 15001-23-31-000-2003-02985-02 (3761). Actor Gabriel Hernando Aranguren Díaz, demandado: Alcalde de Santa Rosa de Viterbo.

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Sentencia del 26 de enero de 2006, Consejero Ponente: DARIO QUIÑONES PINILLA. Expediente: 15001-23-31-000-2003-02985-02 (3761). Actor Gabriel Hernando Aranguren Díaz, demandado: Alcalde de Santa Rosa de Viterbo.

Así las cosas, por lo desarrollado en la jurisprudencia descrita vale decir que; el contrato adicional es un nuevo contrato, mientras que la adición es una modificación de un contrato en ejecución cuando se requiere agregarle elementos no previstos pero que son conexos con el objeto contratado y su realización indispensable para cumplir las finalidades que tuvo la entidad estatal al contratar.

6. LA FORMA DE PAGO EN EL CONTRATO DE OBRA Y LOS EFECTOS DE LA VARIACIÓN-GENERALIDADES.

La actividad contractual se despliega atendiendo al principio de planeación, bajo unos estándares comprendidos en los siguientes puntos, a saber:

- Estudios de ingeniería
- Aspectos presupuestales
- Establecer el impacto social, económico y ambiental
- Identificar los permisos, autorizaciones y licencias requeridas
- Proyectar la gestión predial.

Lo anterior es apoyado dentro de la Ley 1474 de 2011, artículo 87, *maduración de proyectos*.²⁴

Así mismo, se hace preciso aclarar, que sobre el tema de planeación contractual, nos referiremos más adelante, donde esbozaremos líneas tanto jurisprudenciales como como doctrinales al respecto

²⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1474 DE 2011, Artículo 87 (...) 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. (...)

Con respecto a la forma de pago de los contratos de obra pública de la administración MATALLANA CAMACHO, ha sido enfático al manifestar que *“la ejecución de obras está calificada en el Código de Comercio como una típica actividad comercial y por lo tanto quienes a ella se dedican son comerciantes. Entonces debe entenderse que es un elemento esencial del contrato de obra la remuneración del contratista por su trabajo”*.²⁵

En este orden de ideas, para entrar a precisar el problema que nos ocupa sobre los efectos de la variación de los precios dentro de los contratos de obra pública haciendo énfasis en los pactados a precios globales y a precios unitarios, el mismo autor trae a colación las formas de pago de los contratos de obra de la administración, a saber:

- Precio Global
- Precio Unitario
- Llave en mano
- Administración delegada
- Contrato Mixto
- Pago de honorarios y reembolso de gastos.

Donde el *precio global*, se caracteriza porque el contratista obtiene como remuneración una suma fija y es el único responsable del cumplimiento del objeto, la vinculación de personal, la elaboración de subcontratos o la obtención de materiales. En el contrato a precio global, se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurre el contratista para la ejecución de la obra y la entidad

²⁵ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública, cuarta edición, Bogotá, Editorial Universidad Externado 2015, Págs. 952 a 954 (*“Formas de pago en el contrato de obra”*)

estatal no debe reconocer mayores cantidades de obra u obras adicionales necesarias no previstas que se encuentren dentro del objeto.²⁶

Así las cosas, el *precio global* se caracteriza porque al momento de celebrar el contrato su precio obedece a un cálculo exacto del mismo, instante en el cual los contratantes son conscientes que, en principio, el precio concertado debe mantenerse hasta la entrega final a satisfacción de la obra.

Contrario *sensu*, la forma de pago del contrato de obra pactado a *precios unitarios* contempla a grandes rasgos que las partes establecen el costo por unidad de cada uno de los conceptos que integran la obra a ejecutar o ítems de obra. Con base en este valor, las partes definen la estimación inicial de la obra, pero el valor real es el que corresponde a la multiplicación de las cantidades de obra ejecutadas efectivamente por el precio de cada unidad o ítem.²⁷

Por otra parte, los contratos de obra pactados como *llave en mano*, el contratista se compromete a realizar todas las labores relacionadas con la obra incluyendo los diseños, estudios de factibilidad, construcción, contratación del personal, instalaciones y suministros, y la contraprestación a cargo del contratista es la obra terminada y en funcionamiento. El precio corresponde a un valor previamente

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, expediente 25000-23-26-000-1994-00404-01 (14823). Actor: Sociedad Construcciones SIGMA LTDA. 6 de abril de 2011. Nota de relatoría: Exps. 22178 del 18 de julio y 1439 del 18 de julio, ambos de 2002. “(...) El valor pactado en un contrato a precio global incluye todos los costos directos e indirectos en que incurra el contratista para la ejecución de la obra. La suma así pactada, en principio, no da lugar al reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, como lo dispone el artículo 88 del derogado Decreto 222 de 1983, a cuyo tenor, los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, concepción esta que difiere del contrato a precios unitarios, toda vez que en estos los contratantes acuerdan la forma de pago por unidades o cantidades de obra, y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije (...)”

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. Consejera Ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, expediente 07001-23-31-000-1997-00132-01(14292). Actor: José Tomás Arias Pinzón. 22 de abril de 2004. Nota de relatoría: Exps. 22178 del 18 de julio y 1439 del 18 de julio, ambos de 2002.

establecido que opera como remuneración por todas las gestiones que adelanta el contratista.

En este tipo de forma de pago por *administración delegada*, la entidad estatal delega, valga el pleonismo la ejecución de la obra en el contratista en calidad de director técnico, quien la ejecuta por cuenta y riesgo de la misma entidad. El contratista obtiene como remuneración los honorarios que se pactan por su gestión. El administrador delegado se encarga de ejecutar la obra y responde por su buen resultado, pero es la entidad estatal quien asume los riesgos derivados del contrato y la financiación de la obra. Los honorarios del contratista pueden pactarse en forma de porcentaje sobre el valor de la obra o como precio fijo.

Con respecto a los *contratos mixtos*, son aquellos en los cuales el objeto se ocupa tanto del diseño como de la ejecución de la obra, lo cual no quiere decir que la entidad se excluya de la obligación siquiera de adelantar un estudio de prefactibilidad, con el cual contrate la obra, incluidos los diseños.

Finalmente, para el *pago de honorarios y reembolso de gastos*, el contratista asume los gastos de ejecución del contrato y la entidad estatal en forma periódica reembolsa dichos gastos y además reconoce al contratista los honorarios que se pactan por su gestión.

De este modo se presentan las formas de pago en la cual podría estar encausado un contrato de obra pública de la administración, para el caso que nos ocupa y objeto de la presente investigación se hará énfasis en las formas de pago a precios globales y unitarios.

6.1. Análisis en la contratación de obra pública.

Teniendo en cuenta lo mencionado sobre el precio, valor y forma de pago como elementos sobresalientes del contrato de obra pública, esto debe ir entrelazado con la planeación contractual, donde, la Entidad Estatal debe hacer el análisis necesario

para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. “*La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso*”.²⁸

Así las cosas, se hace pertinente señalar por la similitud de los contratos llave en mano y a precio global que; en estos, es el contratista quien asume el *riesgo de construcción*, por cuanto en el precio se incluyen todos los costos directos e indirectos en que deba incurrir el contratista por la ejecución del contrato. Es decir que los contratos a precio global es la generalidad y el contrato llave en mano es la especie, toda vez que la forma de pago es similar, pero el contenido obligacional es distinto, de tal suerte que el contratista se obliga frente al contratante, a cambio de un precio, generalmente alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado.

De tal suerte que las diferencias entre las formas de pago de los contratos de obra pública de administración son distintas una de la otra, con características propias como se evidencia a lo largo del presente capítulo, donde la entidad estatal tiene la discreción de escoger la que mejor le parezca y donde la necesidad a satisfacer sea de fácil resolución.

Por eso, es válido resaltar que estos (llave en mano, global) son totalmente distintos a los contratos pactados a *precios unitarios, administración delegada y reembolso de gastos*, pero, para efectos del presente estudio, y ya conocidas las diferencias entre los contratos mencionados, la relevancia que se abordará será en la forma de pago y no sobre el contenido obligacional de los mismos, haciendo una diferenciación especial para los contratos a precios unitarios y a precios globales por sus características.

²⁸ DECRETO 1082 DE 2015, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*”, Artículo 2.2.1.1.1.6.1. DEBER DE ANÁLISIS DE LAS ENTIDADES ESTATALES.

6.2. El precio como factor preponderante en los contratos de obra de la administración.

Sobre la importancia del precio en el contrato estatal, podemos manifestar que, entre las principales cláusulas que integran un contrato estatal, se encuentra la del precio, se trata de un acuerdo invariable en principio, como quiera que el deber ser de un contrato estatal no es la adición o cualquier modificación contractual, es el cumplimiento de unos fines, de unas necesidades y la protección del interés general, al decir que dicha invariabilidad hace parte de las estipulaciones comunes que forman parte del contrato, en donde éste es un elemento de la esencia, de tal suerte que el mismo adquiere una importancia especial, en virtud a la regulación misma de las normas de contratación estatal y su aplicación, toda vez que se hace un requisito *sine qua non*, de manera que su omisión o su defectuoso acuerdo puede acarrear sanciones para los servidores públicos que participan en éste.

Como se deja claro en acápites precedentes, del mismo modo, se hace importante mencionar con respecto al contrato de obra, que es de carácter conmutativo, en la medida en que las prestaciones a cargo de las partes, las obras a ejecutar por el contratista y el precio a pagar por la administración se consideran equitativas y se miran como equivalentes y es por ello que el momento de celebración del contrato marca el surgimiento de la ecuación contractual, del equilibrio económico del contrato, que debe ser preservado a lo largo de toda la ejecución contractual.

A su vez, el precio hace parte esencial del sinalagma contractual, como quiera que en el contrato de obra las prestaciones equivalentes se cumplen cuando en efecto de un parte ejecuta el objeto contractual y de otra se paga el valor de la obra pactada.²⁹

²⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 80 DE 1993, Artículo 5° numeral 1°. tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato (...)

A partir de la Ley 80 de 1993³⁰ el legislador no reguló las modalidades de precio global y de precios unitarios, sin embargo, actualmente la voluntad común de los contratantes da cabida a estas dos categorías y cuyos vestigios más próximos se encontraban en el derogado Decreto 222 de 1983³¹.

En los artículos 88 y 89³² de esa norma estaban consagradas las definiciones de precio global y de precio unitario respectivamente, el primero, consistía en un valor fijo pactado desde la celebración del contrato y el segundo en un valor estimado acordado desde la celebración del contrato; por otro lado, según lo previsto en dicho Decreto, los riesgos del contrato no marcaban un aspecto diferenciador entre esas dos modalidades.

De otro lado, en los precios unitarios, cuando se celebra el contrato su precio no es exacto y sólo puede determinarse luego de ejecutado el objeto contractual, al sumar la totalidad de los costos de las actividades que desarrolló el contratista, para lo cual, debe multiplicarse el precio que ofreció para cada unidad (actividad) por la cantidad realmente ejecutada de cada una de ellas.

Lo anterior, nada más para establecer que el precio se convierte en un factor importante dentro de los contratos de obras civiles ejecutados en el territorio nacional, considerando la naturaleza y las características propias de este tipo de

³⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 80 DE 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

³¹ DECRETO 222 DE 1983 “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”.

³² DECRETO 222 DE 1983, ARTÍCULO 88. DE LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO A PRECIO GLOBAL. Los contratos a precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación de personal de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos.

ARTÍCULO 89. DE LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO A PRECIO UNITARIO. Los contratos a precios unitarios son aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije.

contratos, como ya se ha mencionado, el cual básicamente son; sinalagmáticos y conmutativos, generadores de obligaciones mutuas entre las partes.

6.3. El precio como factor en los contratos de obra pública de la administración pactados globalmente.

Como ya se ha mencionado, y conociendo las características del contrato de obra pública de la administración pactado a precio global, se estipula una suma integral (global) como remuneración al contratista, en la cual quedan incluidos todos los costos en los que este debe incurrir para la ejecución de la obra, lo mismo que sus honorarios y utilidades. **La suma pactada como valor del contrato es fija, lo cual significa que no puede modificarse, salvo que llegaren a darse las circunstancias que justifiquen la celebración de un nuevo acuerdo de voluntades o contrato adicional que modifique el precio pactado.** Se anota además que, en el caso de pagarse ajustes de precios, estos constituyen solo una actualización, más no un cambio de precios.

Es de anotar que, esta cantidad fija pactada, puede ser cancelada en uno o varios contados. En el primer caso, solo podría hacerse el único pago después de concluida la totalidad de la obra, dado que por disposición del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993³³, el pago de anticipos y pagos anticipados sólo está permitido por valores que no superen el 50% del precio pactado. Al convenirse el pago en varios contados, debe tenerse presente el ya mencionado valor máximo de los anticipos.

Así mismo, se espera que los sucesivos pagos que se pacten puedan desembolsarse en la medida en que los trabajos avancen de acuerdo con lo programado. De allí la especial importancia que en esta forma de pago tienen los

³³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 80 DE 1993 “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”. (...) PARÁGRAFO. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato (..)

programas de trabajo y de inversiones, pues es frente a ellos que puede ir midiéndose permanentemente el cumplimiento o incumplimiento del contratista durante el desarrollo de la obra.

Tiene el contrato de obra a precio global la ventaja de estipular de manera muy precisa los términos de la contratación, pues se sabe a ciencia cierta cuál es el valor exacto que debe pagarse por la ejecución de la obra. De otra parte, tiene el inconveniente entendido que, cualquier error, omisión o inexactitud en los estudios y cálculos previos a la obra, implicaría complicaciones serias en su desarrollo, por la dificultad de modificar el precio global pactado. Así, puede suceder que, por esta causa, el contratista deba ejecutar obras distintas en cantidad y/o calidad, a las contractualmente previstas, cuyo costo resulte superior al precio global pactado, o que la administración se comprometa a pagar más allá del precio normal o justo por la ejecución de los trabajos, eventos en los cuales estaría produciéndose un desequilibrio económico en la relación contractual desde el inicio de la misma.

Por esto, los estudios previos a la obra que por esta forma de pago se proyecten, deben ser exhaustivos y completos, pues de lo contrario se corre el riesgo de celebrar el contrato con base en datos alejados de la realidad de las obras, e incurrir en grave pérdida alguna de las partes.

6.4. Los APU en los contratos de obra pública de la administración.

Aunado a lo dicho sobre esta forma de pago del contrato de obra pública, y ya conocidas las características de la misma, el valor de estos contratos es el resultado de unas operaciones aritméticas. Como consecuencia de los estudios y diseños previos de las obras a ejecutar, deben determinarse los ítems o unidades de obra que han de ejecutarse, lo mismo que las cantidades de obra de cada ítem que se requieren para culminar los trabajos.

Una vez establecidos los ítems o unidades de obra, es necesario precisar cuántas unidades de cada uno de estos ítems se requieren para concluir los trabajos. Ello implica un notable trabajo de presupuesto de las obras, pues sólo podrán conocerse las cantidades requeridas de cada uno de los ítems de obra a ejecutar, después de haberse realizado los correspondientes planos o diseños de las obras. Sin contar con diseños completos y detallados de las obras por realizar, sería difícil conocer con precisión los ítems o unidades de obra que ellas requieren; pero sería realmente imposible adivinar las cantidades de obra requeridas de cada ítem para concluir los trabajos que estén proyectados.

Conocidos los ítems de obra y las cantidades requeridas de los mismos para concluir los trabajos, sólo faltaría fijar los precios para cada unidad de obra para determinar, en primer lugar, el precio total de cada ítem, y luego, el precio total del contrato.

Es pertinente establecer un valor inicial, el cual se da antes de celebrarse el contrato, por disposición del numeral 1° del artículo 30 y el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993³⁴, deben existir planos, diseños y proyectos con fundamento en los cuales el contratista presenta su propuesta y celebra el contrato.

Con base en los citados documentos la entidad contratante hace un cálculo o presupuesto del valor aproximado de la obra, que le sirve, entre otras cosas, para determinar el trámite contractual que ha de darse al proceso de selección del contratista. Los entes públicos formalizan este cálculo llamándolo “presupuesto oficial”.

Igualmente, dentro del correspondiente proceso de selección, el contratista hace su presupuesto de la obra, calculando el precio unitario que dará a cada ítem, lo cual

³⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 80 DE 1993 “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”. Artículo 30, numeral 1° - Estructura de los Procesos de Selección - De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

le sirve de base para determinar el valor total inicial de cada ítem y finalmente el valor total del contrato.

Es preciso señalar que, una vez establecido el valor inicial, a lo largo de la ejecución del contrato con la incorporación de ítem no previstos y/o cantidades de obra no prevista en el cronograma inicial existe la posibilidad que existan variaciones a dicho valor inicial, por lo tanto, el valor final del contrato será distinto al inicial. En palabras de ESCOBAR HENRÍQUEZ *“Los contratos de obra por precios unitarios tienen la particularidad de que su valor final o real, está dado por las unidades y cantidades de obra realmente ejecutadas. Así, si por ejemplo se contrata por precios unitarios la realización de unas obras de canalización por un valor inicial total de 500 millones de pesos, pero el contratista logra terminirlas a entera satisfacción del contratante después de ejecutar cantidades de obra por valor de 450 millones de pesos, este último será su valor final. Puede ocurrir el fenómeno contrario, cuando se contrata una canalización por valor de 500 millones de pesos, pero después de ejecutar obras por 500 millones de pesos, no queda concluida la obra contratada”*.³⁵

Dicho esto, y sin temor a equívocos, se podría afirmar que sólo en muy raras ocasiones las cantidades de obra previstas en el contrato corresponden a las que deben realmente ejecutarse, por lo cual el valor de ejecución o valor final del contrato por precios unitarios raramente coincide con el valor inicial pactado para el mismo. Lo normal es que, por juiciosos y detallados que hayan sido los estudios previos, siempre habrá algún desfase, pues difícilmente pueden preverse con toda exactitud las circunstancias reales de ejecución que tendrá la obra.

7. LA DETERMINACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES.

³⁵ ESCOBAR HENRÍQUEZ, Álvaro. El contrato estatal de obra, primera edición, Bogotá, Editorial Gustavo Ibáñez 1999, Pág. 97 (*“Contrato de obra a precio unitario – valor final”*)

Sumado al desarrollo del capítulo sobre *el principio de la ecuación económica del contrato*, es perfectamente admisible establecer la relación entre la determinación de los riesgos previsibles con fundamento en el contenido obligacional del contrato estatal y sus efectos sobre la ecuación financiera del mismo. Por ello, iniciamos diciendo que; *“Esta exigencia tiene por alcance tipificar, es decir, identificar en concreto los riesgos que previsiblemente puedan suceder durante la ejecución del contrato. En segundo lugar estimar su valoración, es decir, el cálculo monetario de las consecuencias de su posible ocurrencia; y, finalmente, en función de las ventajas o desventajas comparativas relacionadas con el control o mitigación del respectivo riesgo, debe establecerse su asignación bien de la entidad contratante o bien al contratista”*.³⁶

Al decir lo anterior, se trata de aquellos riesgos razonablemente previsibles, que como fruto de unos estudios completos y con el mayor grado de certidumbre (palabra clave para el establecimiento de los riesgos previsibles dentro de la matriz correspondiente, no sucede lo mismo con los riesgos imprevisibles) posible sobre sus conclusiones que puedan ser identificables, como todas aquellas circunstancias que, de presentarse durante el desarrollo y la ejecución del contrato, puedan alterar el equilibrio financiero del mismo.

En consecuencia, la asignación que de los mismos se haga en una de las dos partes de la contratación, implicará que la parte que soporta el riesgo específico, lo asume como carga contractual y deberá por tanto, cubrir y/o asumir contra su patrimonio, los costos de su eventual ocurrencia, *de modo que entre más precisa sea la determinación de los riesgos razonablemente previsibles, menos será el campo de la imprevisión como fuente de ruptura del equilibrio económico financiero del contrato*.

³⁶ MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. La Nueva Estructura de los Procesos Selectivos en la Contratación Estatal, primera edición, Bogotá D.C., Ediciones Nueva Jurídica, 2009, pág. 144 (*“Estructuración del negocio jurídico estatal”*)

Así mismo, se hace importante traer a colación el artículo 88 del derogado Decreto 2474 de 2008, que trataba la *determinación de los riesgos previsibles*³⁷, dando alcance al artículo 4° de la Ley 1150 de 2007³⁸, en lo que se señala que el riesgo será previsible en la medida en que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales, añadiríamos que ello es, a su vez, consecuencia de unos estudios completos y ciertos inicialmente a cargo de las entidades estatales.

Como se ha venido mencionando a lo largo del documento, no es una cuestión discrecional por parte de la entidad tipificar, estimar y asignar los riesgos correspondientes al contrato, dentro de lo cual existe la *audiencia de asignación de riesgos*³⁹, que deberá realizarse con posterioridad a la expedición del acto que ordena la apertura de la licitación pública y de manera previa al inicio del plazo para presentación de las respectivas ofertas.

Para que no quede duda sobre las circunstancias de tiempo en que se llevará a cabo la *audiencia de asignación de riesgos*, al interior del trámite de la licitación

³⁷ DECRETO 2474 DE 2008, ARTÍCULO 88. DETERMINACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales.

La entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo. Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego, o en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo. La presentación de las ofertas implica de la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en dicho pliego.

³⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1150 DE 2007, Artículo 4°- DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

³⁹ DECRETO 1082 DE 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”, Artículo 2.2.1.2.1.1.2. Audiencias en la licitación. En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de Riesgos.

En la audiencia de asignación de Riesgos, la Entidad Estatal debe presentar el análisis de Riesgos efectuado y hacer la asignación de Riesgos definitiva.

pública, el cronograma de la misma, en cada caso determinará que se lleve a cabo antes de iniciarse el plazo para la presentación de las ofertas.

Asociado a lo dicho, encontramos el *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación* de Colombia Compra Eficiente, que concordante al ya mencionado artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, encontramos el Decreto Ley 4170 de 2011⁴⁰ establece dentro del objetivo de Colombia Compra Eficiente optimizar los recursos públicos en el sistema de compras y contratación pública para lo cual es indispensable el manejo del riesgo en el sistema.

El mencionado manual aborda el tema reforzando las posturas jurisprudenciales, legales y doctrinales sobre la tipificación, estimación y asignación de los riesgos, su importancia, obligatoriedad y valor agregado dentro de los procesos de contratación que pretendan realizar las entidades estatales *“(...) para reducir la exposición del Proceso de Contratación frente a los diferentes Riesgos que se pueden presentar, debe estructurar un sistema de administración de Riesgos teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: (a) los eventos que impidan la adjudicación y firma del contrato como resultado del Proceso de Contratación; (b) los eventos que alteren la ejecución del contrato; (c) el equilibrio económico del contrato; (d) la eficacia del Proceso de Contratación, es decir, que la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad que motivó el Proceso de Contratación; y (e) la reputación y legitimidad de la Entidad Estatal encargada de prestar el bien o servicio. Un manejo adecuado del Riesgo permite a las Entidades Estatales: (i) proporcionar un mayor nivel de certeza y conocimiento para la toma de decisiones relacionadas con el Proceso de Contratación; (ii) mejorar la planeación de contingencias del Proceso de Contratación; (iii) incrementar el grado de confianza entre las partes del Proceso de Contratación; y (iv) reducir la posibilidad de litigios; entre otros.*

La administración de Riesgos es el conjunto de procesos dirigidos a proteger a la Entidad Estatal de los eventos en el Proceso de Contratación. La administración de

⁴⁰ DECRETO 4170 DE 2011. “Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura”.

Riesgos permite reducir la probabilidad de ocurrencia del evento y de su impacto en el Proceso de Contratación.

Colombia Compra Eficiente propone administrar los Riesgos del Proceso de Contratación siguiendo los pasos enumerados a continuación: 1. Establecer el contexto en el cual se adelanta el Proceso de Contratación. 2. Identificar y clasificar los Riesgos del Proceso de Contratación. 3. Evaluar y calificar los Riesgos. 4. Asignar y tratar los Riesgos. 5. Monitorear y revisar la gestión de los Riesgos⁴¹ (...)”

Para reforzar lo dicho, igualmente, los documentos CONPES traen reglas que describen lo siguiente:

- Los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados.
- Una adecuada asignación de los riesgos, minimiza el costo de mitigación de los mismos de manera que lo adecuado es asignar el riesgo a la parte que mejor lo controla.
- La calidad y confiabilidad de la información disponible debe ser de alto nivel dado que ante información de mejor calidad, la percepción del riesgo es menor y se pueden adoptar las medidas para controlar las incidencias en las fuentes de riesgos. Así las cosas, si se trata de riesgos previsibles, es decir, aquellos que por su impacto permiten predecir determinados niveles de confianza, la entidad puede laborar los posibles escenarios de ocurrencia dados los antecedentes históricos y/o estadísticos y determinar los costos a cubrir en dichos escenarios.

La obligación de la entidad, entonces, no solamente se circunscribe al esfuerzo de unos completos estudios y a una adecuada tipificación, estimación y asignación de riesgos, sino que deberá en el proyecto de pliegos de condiciones señalar el sujeto

⁴¹ MANUAL PARA LA IDENTIFICACIÓN Y COBERTURA DEL RIESGO EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN (M-ICR-01) – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf

contractual que lo soportará total o parcialmente ante la presencia de la circunstancia prevista para su ocurrencia, así como la forma en que se preservará el equilibrio contractual cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo que, será asumido contra su patrimonio, por la parte a quien se le ha asignado. De allí que se pueda concluir, que este tipo de riesgos tratados desde la fase previa, comporta la asignación de una carga a su titular, de tal suerte que ante su inminente ocurrencia este no podrá formular reclamaciones o reconocimientos de preservar el equilibrio de la ecuación económica y financiera del contrato.

8. DE LOS CAMBIOS EN EL PRECIO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA DE LA ADMINISTRACIÓN COMO CONSECUENCIA DE UN DESEQUILIBRIO ECONÓMICO.

Dentro de la temática ya abordada, es preciso traer a colación y realizar un análisis sobre las causales específicas que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato y que generan una variación de precios en los mismos, *“según la clase de álea que afecte la ejecución del contrato: de una parte, los áleas administrativos, que son aquellos originados en la acción unilateral de la administración, ya sea por la expedición de un acto general, es decir, como una autoridad pública (hecho del príncipe) o de un acto contractual, es decir, como parte del contrato (potestad variandi o ius variandi); de otra parte, puede tratarse de áleas empresariales, que son los riesgos internos del negocio, entre ellos los errores de cálculo (error calculi), los daños o destrucción de las cosas (periculum rei) o las dificultades materiales de ejecución del proyecto (sujetions materiales imprevue), y finalmente, los áleas económicos, que se refieren a las alteraciones en las condiciones económicas externas que hacen más gravosa la ejecución del contrato (teoría de la*

imprevisión)”,⁴² lo anterior respetando el “principio de equilibrio económico”, toda vez que este hace parte de los contratos administrativos.

La jurisprudencia colombiana, sin incluir el incumplimiento ni los errores de cálculo y la destrucción de las cosas, ha dicho de manera reiterada que; *“el equilibrio económico del contrato puede verse alterado durante su ejecución, por las siguientes causas: (I) por actos o hechos de la administración contratante; (II) por actos de la administración como Estado, y (III) por factores exógenos a las partes del negocio jurídico”*.⁴³

Ahora bien, por ser la ejecución de su objeto una cuestión vertebral, la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.

Por esta razón es que la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten conjurar aquellos factores o contingencias que puedan conducir a la paralización o inexecución del contrato, destacándose dentro de ellos aquel que permite el restablecimiento del equilibrio financiero, pues mediante él se asegura que el contratista podrá cumplir y cumplirá con sus obligaciones y por ende se llevará a feliz término la ejecución del contrato.

42. RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico de los contratos administrativos, segunda edición, Bogotá, Editorial Temis 2012, pág. 32 (*“Causales específicas que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato”*).

43. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, exp. 1996-04029 (14.578).

De esta forma, por medio de la institución a la que se alude no solo se busca proteger el interés individual de las partes contratantes manteniendo las condiciones pactadas al momento de proponer o contratar sino que también busca proteger el interés general estableciendo diversos mecanismos mediante los cuales se mantenga una estabilidad financiera del contrato que permita el debido cumplimiento del objeto contractual, dentro de los cuales se encuentran las fórmulas de ajuste y reajuste de precios inicialmente convenidos.

También debe preverse que son diferentes las circunstancias que determinan la alteración del equilibrio económico del contrato estatal, pues, como es bien sabido, pueden derivarse de *hechos de la administración pública contratante, o por circunstancias derivadas del ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales de una autoridad pública distinta a la contratante, de actos generales del Estado*⁴⁴ (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes (teoría de la imprevisión).

Por estas razones es que el fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.

Sin embargo, lo anterior no significa que en todas las hipótesis el contratista deba obtener con exactitud numérica la utilidad calculada y esperada por él pues no

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera Ponente: MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Sentencia del 23 de noviembre de 2016, Expediente 25000-23 -26-000-2012 -00233-01 (52161)

cualquier imprevisto que merme su ventaja tiene la virtualidad de conducir al restablecimiento económico.

En efecto, solo aquellas eventualidades imprevistas que alteran gravemente la ecuación financiera son idóneas para pretender con fundamento en ellas el restablecimiento económico pues si esto no se garantiza se afectaría el interés público que está presente en la contratación estatal.

Así que el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.

Debe recordarse que en todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso al restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

Pero además de la prueba de tales hechos es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, que el factor de oportunidad no la haga improcedente, por cuanto, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes, no atribuibles a quien reclama, del desequilibrio que se produce.

Estas causales de ruptura del equilibrio económico del contrato señaladas por la jurisprudencia colombiana corresponden, en términos generales, respecto de las categorías elaboradas por la doctrina, dejan entrever el deber de mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos de la relación contractual entre las partes, como lo expresa el artículo 27 de la Ley 80 de 1993.⁴⁵

Con otras palabras, y a manera de síntesis, si mediante el contrato estatal se persigue satisfacer el interés general mediante la prestación de los servicios públicos, y si el equilibrio económico del negocio debe mantenerse para lograr la ejecución del objeto contractual y por ende prestar el correspondiente servicio público, resulta evidente que para cumplir con los imperativos legales que ordenan el restablecimiento, es indispensable, no solo la demostración del acaecimiento de un hecho o acto que tuvo la virtualidad de destruir el balance económico y financiero comercial, sino también que el negocio efectivamente se descompensó por ese hecho o acto.

9. EFECTOS DE LA VARIACIÓN DE PRECIOS EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA DE LA ADMINISTRACIÓN.

El presente capítulo tiene por objeto desarrollar bases sólidas para el cumplimiento a cabalidad de los requisitos dentro del contrato de obra pública, delimitando las reglas claras para su ejecución, e incorporando las situaciones apremiantes en cuanto a las reglas de precios y costos que lo componen, para lo cual, se presenta lo siguiente:

45. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 80 DE 1993, Artículo 27º.- De la Ecuación Contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento (...)

9.1. El reajuste y la revisión de precios en los contratos de obra pública de la administración.

9.1.1. Reajuste de precios.

El artículo 4º de la Ley 80 de 1993, al establecer los derechos y deberes de las entidades estatales, dispone en sus numerales 8º y 9º que estas Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa.

La figura del reajuste de precios en materia de contratación estatal, surgió como reacción ante el hecho de que en aquellos contratos de tracto sucesivo o ejecución diferida, principalmente de mediana o larga duración y en razón de fenómenos tales como la inflación o la devaluación, el solo transcurso del tiempo puede dar ocasión a que se presente un alza en el valor de los diversos ítems o rubros que conforman los precios unitarios, afectándolos de tal manera que el contratista va a incurrir en realidad en mayores costos de los presupuestados inicialmente, cuando presentó su oferta y/o celebró el respectivo contrato, porque a la hora de ejecutar las obras o servicios, los materiales, equipos y mano de obra ya no valdrán lo mismo que valían en la fecha en la que se proyectó el presupuesto de la obra y se calcularon los costos de la misma.

Toda vez que se trata de una situación previsible para las partes, se ha considerado necesario que éstas incluyan en el contrato fórmulas, que pueden ser matemáticas, mediante las cuales puedan reajustarse periódicamente esos precios unitarios obedeciendo a las variaciones de sus componentes en el mercado, de tal manera que correspondan a la realidad de los costos en el momento de ejecución de las prestaciones a cargo del contratista.

Como antes se ha dicho, en consideración a que la ejecución del objeto contractual es un asunto vertebral la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten conjurar factores o contingencias que puedan conducir a su paralización o inejecución, entre los cuales se encuentra aquel que permite reajustar los precios pactados, de tal suerte que manteniéndose el valor real en el decurso del plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se lleve a feliz término la ejecución del contrato.

“(…) Al respecto, debe anotarse que las fórmulas de reajuste de precios pactados contractualmente se encuentran estipuladas desde el pliego de condiciones, el cual se erige en uno de los conjuntos normativos que rigen las licitaciones públicas y por consiguiente las entidades estatales y los proponentes participantes quedan sometidos imperativamente a él, de manera que el desconocimiento de sus preceptos implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende cualquier acto administrativo que lo viole queda maculado con el vicio de nulidad.

En efecto, como desarrollo, entre otros, del principio de transparencia se impone que tanto la escogencia de los contratistas como la presentación de sus propuestas estén precedidas de un conjunto de reglas que rijan todo lo atinente al contrato (iter contractual), de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue, de manera que el proponente presente su oferta con conocimiento previo de las condiciones que regirán el contrato y así lo evalúe.

Luego, sí lo que ocurre en un determinado caso es que con ocasión de la celebración de un contrato una de las partes contratantes solicita el restablecimiento de la ecuación económica que a su juicio se ha visto rota por la aplicación de la fórmula de ajuste de precios prevista desde los pliegos de condiciones y convenida

en el contrato, en esta hipótesis no solo se debe acreditar que dicha fórmula efectivamente generó pérdidas considerables, sino también que dicha circunstancia era imprevisible e irresistible al momento de proponer o contratar y haberla alegado dentro de la oportunidad prevista para ello⁴⁶ (...)”.

Ciertamente, si con ocasión de la aplicación de la fórmula de reajuste de precios inicialmente convenidos lo que se generaron fueron menores ingresos para una de las partes contratantes mas no pérdidas en su contra, no es posible considerar en esa hipótesis que lo que se generó fue una ruptura del equilibrio económico del contrato y que en consecuencia sea procedente su restablecimiento, pues este solo resulta procedente en tanto se demuestre que la circunstancia que se alega alteró de forma grave y anormal la economía del contrato, que era imprevisible e irresistible y que fue alegada oportunamente.

En lo relativo a la fórmula de reajuste de precios como mecanismo para mantener la conmutatividad del contrato y el principio de buena fe, ya se había tenido la oportunidad de señalar que el artículo 86 del Decreto 222 de 1983, preveía:

“En los contratos celebrados a precio global o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.

Cuando ello fuere posible, la revisión se efectuará mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato en la forma que lo determine el reglamento. En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuera matemática.

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C. seis (6) de mayo de dos mil quince (2015). Radicación número: 660012331000200300076 01 (33.425).

Las revisiones se consignarán en actas que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada, cuando esta corresponda al menos a la cuota parte del plan de trabajo previsto en el contrato⁴⁷”.

En este contexto, y sin entrar a discurrir sobre la procedencia, entonces y ahora, del reajuste de precios, aunque no se hubiere pactado, debe destacarse de este precepto que las revisiones periódicas debían hacerse “en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos”, lo que significa, *contrario sensu*, que quedaban excluidas las variaciones de aquellos factores que no eran determinantes en los costos del correspondiente contrato.

Sin embargo debe reconocerse que la inflación puede afectar la ecuación financiera de un contrato estatal y por lo tanto si la fórmula prevista por las partes para el reajuste de precios no tiene en cuenta ese factor, podrá restablecerse el equilibrio económico perdido siempre y cuando se demuestre, de un lado, el incremento anormal del valor de los insumos propios de la obra que constituye el objeto contractual y, de otro lado, que la fórmula de ajuste pactada es insuficiente para contrarrestarlo.

“En efecto, solo es dable revisar la cláusula de ajuste o proceder a la revisión de precios si se demuestra que hubo situaciones económicas graves que la hicieron ineficaz. Dicho en otras palabras, la revisión de los precios solo es dable cuando el contratista demuestra dos supuestos: el alza exagerada de elementos o insumos y la ineficacia de las fórmulas de ajuste pactadas en el contrato para contrarrestarla⁴⁸”.

⁴⁷ DECRETO 222 DE 1983, ARTÍCULO 86. DE LA REVISIÓN DE PRECIOS.

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C. veintidós (22) de junio de dos mil once (2011). Radicación número: 85001-23-31-003-1998-00070-01(18836).

En síntesis, quien alega la ruptura del equilibrio económico del contrato como consecuencia de la insuficiencia de la fórmula establecida para el reajuste de precios debe acreditar:

“(i) Que tal circunstancia haya sido alegada oportunamente, esto es, al igual que en el ítem anterior, al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., so pena de que las pretensiones en este sentido se declaren extemporáneas, improcedentes e imprósperas por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

(ii) Que las variaciones que afectan la economía del contrato ocurran en los factores determinantes de los costos del contrato.

(iii) Que se demuestre que la alteración a la economía del contrato es grave y anormal.

(iii) Que se demuestre que la alteración presentada era imprevisible e irresistible a momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato.

(iv) Que se demuestre que la fórmula de ajuste pactada es insuficiente para contrarrestar el incremento anormal del valor de los insumos propios de la obra que constituye el objeto contractual⁴⁹”.

Se observa entonces, que la figura del reajuste de precios es una medida preventiva frente a una situación previsible, que puede afectar el resultado económico final del contrato en contra de cualquiera de las partes, y que se soluciona mediante la inclusión en el mismo de la respectiva cláusula de reajuste, normalmente mediante una fórmula matemática.

9.1.2. Revisión de precios.

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C. veintidós (22) de junio de dos mil once (2011). Radicación número: 85001-23-31-003-1998-00070-01(18836).

La Ley 80 de 1993 estipula la figura de la revisión de precios de los contratos estatales en los artículos 4º y 5º, al consagrar los derechos y deberes de la administración y de los contratistas y en el numeral 14 del artículo 25, estableciendo en la primera de estas normas, que la entidad estatal deberá solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato y así mismo, que deberá adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer, si hubo licitación, o de celebrar el contrato, para lo cual, utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, y acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución. Por su parte, el artículo 5º de la mencionada ley, establece el derecho de los contratistas a obtener oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. A su vez, el numeral 14 del artículo 25, relativo al principio de economía, estipula que las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

No obstante, **en palabras del artículo 14 de la Ley 80 de 1993**, el cual da facultad a la administración a través de las potestades excepcionales de realizar ajustes a los precios del contrato estatal para efectos de mantener la ecuación financiera de dicho contrato.

“(…) En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas 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 inicial (…)”

El Decreto-Ley 222 de 1983, establecía en su artículo 86:

“ART. 86. —De la revisión de precios. En los contratos celebrados a precio global o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos. Cuando ello fuere posible, la revisión se efectuará mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato en la forma que lo determine el reglamento. En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuere matemática.

Las revisiones se consignarán en actas que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquél en que se pague la obra ejecutada, cuando ésta corresponda al menos a la cuota parte del plan de trabajo previsto en el contrato⁵⁰.”

No obstante, puede suceder que no se haya pactado una fórmula de reajuste de precios, o bien que la incluida en el contrato resulte insuficiente para absorber las variaciones que se hayan presentado en algunos de los elementos componentes de los precios unitarios, de tal manera que al aplicarla realmente no se produzca la actualización de los mismos. En tales condiciones, la parte afectada tendrá derecho a pedir la revisión del contrato, es decir, que se analicen los términos en que aparecen pactadas las prestaciones a cargo de los contratantes y más específicamente, la composición de los precios unitarios que se hubieren acordado, para determinar en esta forma si efectivamente obedecen a la realidad de las variaciones que se hubieren podido presentar en los mismos entre la fecha de presentación de la oferta o de celebración del contrato y la fecha de ejecución y pago de las prestaciones o si, en efecto, la fórmula de reajuste acordada, si fuere el caso, resultó insuficiente, para obtener por este medio el reajuste de los precios y

⁵⁰ DECRETO 222 DE 1983, ARTÍCULO 86. DE LA REVISIÓN DE PRECIOS.

en consecuencia, el restablecimiento de la ecuación contractual inicialmente pactada-

Se observa además, que el “*artículo 141 del Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”⁵¹, que contempla la acción relativa a controversias contractuales, establece su procedencia para elevar ante el juez diferentes pretensiones relacionadas con los contratos estatales, entre las cuales se halla, precisamente, la de que “se ordene su revisión”.

Esta figura de la revisión del contrato está consagrada también en el artículo 868 del Código de Comercio, que establece:

“ART. 868. —Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

*Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea*⁵²”.

Los dos anteriores mecanismos, de reajuste de precios y revisión de precios, tienden a preservar la naturaleza conmutativa de los contratos y a garantizar que la equivalencia inicialmente acordada entre prestaciones y contraprestaciones, entre

⁵¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1437 DE 2011, Artículo 141 – *Controversias contractuales*. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas (...)

⁵² DECRETO 410 DE 1971 – CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, Artículo 868 - REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS.

derechos y obligaciones a cargo de las partes, se mantenga a lo largo de la ejecución.

9.2. Posibilidad de acordar ajustes en la liquidación.

Con ocasión al presente acápite, el CONSEJO DE ESTADO ha dicho refiriéndose a la liquidación que:

“(...) las partes deben en esa etapa acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar y en la correspondiente acta hacer constar los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren para poner fin a las divergencias presentadas y poder así declararse a paz y salvo⁵³ (...)”

Se hace evidente que el acto *per se* de liquidación es convencional, pero la ley lo autoriza para realizar convenciones entre los extremos contractuales con el fin de cerrar o finiquitar si se puede llamar así el contrato con soluciones reales al contrato y en procura de satisfacer el interés público comprometido en la satisfacción del objeto dentro del contrato.

9.3. Consecuencias de la falta de planeación al momento de la celebración de contratos de obra pública de la administración.

La falta de planeación, se trata de una causa que relaciona los daños antijurídicos que surgen durante la etapa de definición de los requerimientos de una contratación, específicamente en lo que se refiere a la identificación de la necesidad del contrato por la entidad, los recursos presupuestales disponibles para su financiación, su ajuste al plan de necesidades y al plan de compras de la entidad, así como la

⁵³ ⁵³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero Ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, Bogotá D.C. seis (6) de agosto de dos mil tres (2003), radicación número: 1453, referencia: Liquidación de contratos.

elaboración y alcance de los estudios y diseños previos (técnicos, económicos y jurídicos) que se requieran para la contratación en particular.

Se pueden citar como principales evidencias de esta causa, las siguientes:

- (I) *“Errores cometidos por la entidad en el momento de definir la naturaleza jurídica del contrato que se propone celebrar, así como del procedimiento de selección que se aplicará”*.⁵⁴
- (II) *“Prórrogas de los términos definidos en los pliegos para las diversas etapas del procedimiento de contratación, por ejemplo; cuando se fija un cronograma de actividades para el procedimiento licitatorio que no es cumplido por la entidad y abre espacios al oportunismo de los proponentes para reclamar por sobrecostos (revisión de precios) originados en el retardo”*⁵⁵, o para sustraerse al carácter vinculante de la oferta.
- (III) *“Realización de obras o servicios no previstos en el contrato o de mayores cantidades de obras, bienes o servicios”*⁵⁶, que son consecuencia de la precariedad de los estudios previos, pero que ordinariamente se presentan en la ejecución del contrato.

Ahora bien, sobre el principio de planeación, una vez más, y en jurisprudencia reciente la Sección Tercera del Consejo de Estado ha expresado : *“Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de*

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Expediente No. 10498 de fecha 31 de enero de 1997. Actor: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, demandado: Departamento de Córdoba – Sociedad Inversiones Córdoba Ltda.

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Expediente No. 10880 de fecha 9 de octubre de 1997. Actor: Construcciones y Maquinaria CYMSA, demandado: HIMAT.

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Expediente No. 10439 de fecha 19 de junio de 1998. Actor: Arcángel Clavijo Valencia, demandado: INVICALI.

referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista".⁵⁷

De acuerdo con lo anterior, la entidad tiene la presunción de buena fe en cuanto a la planeación del contrato que se menciona, de tal suerte, que la entidad asume que el contratista conoce y tiene la debida experiencia y experticia en este tipo de intervenciones objeto del contrato.

Es así, que a las voces del inciso 2° del artículo 3° de la Ley 80 de 1993, los particulares *"tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que; colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones"*⁵⁸ y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no solo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas, sino que también deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces se evidencie que, por fallas en la planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de decisiones de terceros.

Mucho menos podrán pretender los contratistas, en estos casos, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos o, por decir lo menos, a percibirlos con fundamento en un negocio que ostenta el vicio de ilegalidad por violar, entre otros, el principio de planeación.

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C radicación – Expediente No. 22471, de fecha 28 de marzo de 2012.

⁵⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 80 DE 1993, Artículo 3° - Inciso 2° - los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que; colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Dicho lo anterior, es preciso volver a mencionar que, los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato⁵⁹.

En este sentido la planeación de este tipo de contratos de obra se hace preponderante, y resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia de la cual se ha hecho referencia a lo largo del presente documento, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales.

⁵⁹ Algunos autores “la llaman contratos por ‘precio unitario’; otros le denominan contratos por ‘series de precios’”. Pero es de advertir que este sistema comprende dos sub-tipos: unidad simple; unidad en el conjunto. En la “unidad de medida simple” el cocontratante se obliga a ir ejecutando partes, unidades o piezas de obra por un precio unitario determinado, sin que se haya establecido el número de partes, unidades o piezas que realizará. En virtud de ello, cada parte, unidad o pieza constituye una obra independiente o separada. (...) El cocontratante cumple su obligación entregando cualquier cantidad de unidades, piezas o partes cuyo precio unitario se convino, pero dentro de cada trabajo, unidad, parte o pieza a efectuar (terraplenamiento, mampostería, asfaltado, etc.), debe entregar el trabajo, parte o pieza, completo, y no sólo parte o porción del mismo (así: todo el terraplén, toda la mampostería, todo el asfaltado, etc): si se convino la construcción de un determinado camino a tanto por metro, debe entregar el camino completo -desde el punto inicial convenido al terminal-, cuyo costo luego le será pagado a tanto por metro./ En el sub-tipo “unidad en el conjunto”, cada unidad no se considera como una obra independiente; si se tiene en cuenta el conjunto total de la construcción, que resultará integrado por la suma de unidades o partes. Cada una de éstas tiene fijado su precio. El precio de toda la obra es el que resulte de la suma de todas las unidades, piezas o partes, realizadas. Como consecuencia de este tipo de contratación, el cocontratante debe entregar una obra completa, y no una o varias unidades, piezas o partes, de ésta, independientes, como ocurre en el tipo de unidad simple.” Marienhoff, Miguel Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, edit. Abeledo-Perrot, 1983, Tercera edición, Tomo III –B, Contratos Administrativos, págs. 543 y 544.

9.3.1. Falta de planeación dentro del contrato de obra pública pactado a precio global.

Teniendo como derroteros lo esbozado en el acápite anterior, en relación con el principio de planeación de manera general, en este estado de las cosas, se hace necesario realizar el análisis correspondiente a ese mismo principio pero dentro del contrato de obra pública pactado a precio global, si consideramos la rigurosidad de este contrato y el rigor que se exige a la entidad estatal para la realización de estudios, diseños y todo lo relacionado con los documentos precontractuales para la legalización y perfecta ejecución de este tipo de contratos pactados a precio global.

Como consecuencia de la falta de planeación dentro los contratos de obra pública pactados bajo esta modalidad de precio, se hace preciso mostrar el siguiente escenario; *“Si para poder concluir los trabajos el contratista a precio global se ve, por causa de errores en los estudios previos, ante la circunstancia de incurrir en costos superiores a los pactados -evento que se materializará cuando los estudios previos erradamente indicaron que las obras por ejecutar para culminar el objeto del contrato implicaban cuantitativamente o cualitativamente unos costos menores a los reales- se le coloca ante la necesidad de renegociar con la entidad contratante los términos del contrato”*.⁶⁰

A la luz de lo mencionado, la rigidez de esta forma de contratación puede dificultar la generación de soluciones positivas a problemas de obras adicionales y mayores cantidades de obra, salvo por la aplicación de las fórmulas generales de la contratación, tales como; la celebración de contratos adicionales que contemplen y

⁶⁰ ESCOBAR HENRÍQUEZ, Álvaro. El contrato estatal de obra, primera edición, Bogotá, Editorial Gustavo Ibáñez 1999, Pág. 85 (“Contrato de obra a global o precio alzado”).

regulen las circunstancias que al inicio no se contemplaron, ni regularon en debida forma. Si el desequilibrio se originó en el inadecuado precio inicial propuesto por el contratista y pactado por las partes con base en estudios acertados y completos, en este sentido, parece poco probable que prospere una reclamación tendiente a obtener el restablecimiento del equilibrio económico, o el pago de indemnizaciones, puesto que en tal caso el desequilibrio sería debido a la imprevisión o culpa del contratista y no a eventos externos a este.

9.3.1.1. El contrato adicional como solución de la Entidad contratante en los contratos de obra pública pactados a precio global.

Como se ha venido mencionando a lo largo del presente documento, una de las fórmulas más conocidas para solucionar los problemas en tratándose de obras adicionales y mayores cantidades en los contratos de obra pública pactados bajo este tipo de precios, es la celebración de contratos adicionales, entendiendo que dentro de estos se tendrá que pactar elementos nuevos, necesarios y accesorios al objeto inicial, pues lo carente hace parte de él desde el principio.

Con suma claridad y gran rigor la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto así lo expuso, según se advierte en la siguiente transcripción:

“En todas las modalidades de contratación de obra es muy importante la inclusión de la cláusula sobre el valor del contrato; sin embargo, según se trate de una u otra modalidad de contratación, esta cláusula tiene una función o importancia distinta. En efecto, en el contrato por precio global, el valor establecido en la cláusula de valor es vinculante y genera, por lo mismo, obligaciones mutuas pues señala la contraprestación a que tiene derecho el contratista por su trabajo pero, a su vez, señala para él la obligación de ejecutar la totalidad de la obra por ese precio. Es por

lo mismo, una cláusula que señala el verdadero valor total del contrato, pues el contrato se celebró a precio determinado (...).⁶¹

Siguiendo las orientaciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, resulta indispensable la celebración de estos convenios adicionales cuando se agregan nuevas obras y, por tanto, se modifica el valor de un contrato de obra pactado a precios globales.

Claro está que la alteración que encierra la figura del contrato adicional ha de tener una clara relación con el objeto del contrato, pues, se trata de obras, bienes y servicios que sirven para lograr el cometido que se persigue con la celebración de este.

Así las cosas, tanto el Consejo de Estado, como en palabras del doctor DÁVILA VINUEZA se precisan en los siguientes términos los elementos que se requieren para suscribir el contrato adicional, así:

“(...) De modo que, para verificar la legalidad de un acuerdo que contiene una modificación del contrato inicial, es preciso , a la luz de las normas generales de contratación pública contenidas en la Ley 80 de 1993, verificar los siguientes aspectos: (i) que el contrato adicional o modificadorio conste por escrito, en la medida que si es requisito de existencia del contrato estatal que se eleve a escrito de conformidad con el artículo 40 ibidem, esa misma exigencia se hace extensible al acuerdo modificadorio; (ii) se suscriba la convención dentro del plazo o vigencia del contrato, toda vez que un contrato cuyo plazo o condición ha operado, no es susceptible de ser adicionado, circunstancia en la que habría lugar a adelantar un nuevo proceso licitatorio o de selección del contratista; (iii) que no se adicione -por regla general- en más allá del cincuenta (50) por ciento de su valor inicial, expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes; (iv) que el objeto del contrato principal no se haya agotado, es decir, que todavía exista y sea viable su ejecución;

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 1439 de julio 18 de 2002. Concejera Ponente: SUSANA MONTES DE ECHEVERRY.

y (v) que no se altere el contenido del objeto inicial por uno nuevo, so pena de que el contrato adicional quede afectado de nulidad (...)”⁶²

A manera de conclusión, queda claro que el contrato adicional con sus requisitos es la forma necesaria en que la administración puede subsanar las reglas iniciales dentro de un contrato de obra pública pactado a precio global, entendiendo la rigurosidad de este, sin que dicho mecanismo entrare a desfavorecer al contratista de obra.

9.3.1.2. La aplicación de la teoría de la imprevisión, como factor eximente de responsabilidad para la administración en los contratos de obra pública pactados a precio global.

Contrario a lo expuesto en el acápite anterior, existen situaciones en las cuales la administración a través de sus colaboradores realiza una adecuada planeación del contrato, es decir, correctas justificaciones tanto financieras, como técnicas y jurídicas del proyecto, del mismo modo, unos apropiados estudios y diseños de este, pero aun así existen desfases y desequilibrios en cuanto al valor durante la ejecución del contrato y que con rigurosidad fue realizado, bajo las reglas del principio de responsabilidad.

En este caso será necesario traer a colación la aplicación de la teoría de la imprevisión como factor que exime de responsabilidad a la administración por la planeación del proyecto y evita la generación de contratos adicionales como mecanismo para resarcir la variación de los precios en los contratos de obra pública pactados a precio global, en todo caso, acudiendo a pagos adicionales con cargo al Estado para proteger el principio de ecuación financiera.

Ahora bien, si observamos lo que expresó sobre la teoría, BAUTISTA MÖLER en 1994: *“La teoría de la imprevisión, de origen francés y naturaleza jurisprudencial,*

⁶² DÁVILA VINUEZA, Luis. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, tercera edición. Bogotá, Editorial Legis, 2017, pág. 596 (*“Contrato Adicional”*).

señala que por excepción un contrato administrativo puede modificarse con el fin exclusivo de garantizar el interés público que hay de por medio, cuando sobrevienen circunstancias que no era posible a las partes prever al momento de contratar y que afectan gravemente el contrato rompiendo el equilibrio financiero delimitado por las obligaciones asumidas por las partes en las condiciones inicialmente pactadas.

En síntesis, puede decirse que la teoría de la imprevisión conjuga dos situaciones: La primera, consistente en que los hechos regulares, normales, comunes del ocurrir de la vida, deben ser previstos por las partes, es decir, considerados en el contrato, en razón a que la seguridad y estabilidad mínima que debe tener excluye la posibilidad de que los extremos convenidos se estén variando ante los cambios que sufre permanentemente el mundo. La segunda, que sólo cuando se presentan graves hechos, ajenos a la voluntad de las partes, imposible de preverlos cuando se celebró el contrato, y que afectan considerablemente su economía, hay lugar a acceder a la modificación del mismo”.⁶³

La naturaleza de la teoría de la imprevisión ha sido la misma desde su origen en Francia, en nuestro ordenamiento jurídico dicha teoría ha corrido con la misma suerte y en la actual conserva sus características y su aplicabilidad sigue siendo la misma.

En ese mismo sentido, la doctrina actual no ha variado y en palabras de LIBARDO RODRÍGUEZ, al expresar sobre el particular: *“La teoría de la imprevisión es una de las causales de ruptura del equilibrio económico de los contratos administrativos que se presenta por situaciones imprevistas, exógenas a las partes y posteriores a la presentación de la propuesta o a la celebración del contrato, que generan una alteración anormal en la economía del mismo, haciéndolo más gravoso.*

La aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos de tracto sucesivo o ejecución definida es un aporte de la jurisprudencia administrativa francesa de

⁶³ BAUTISTA MÖLER, Pedro. El contrato de obra pública – Arquetipo del contrato administrativo, segunda edición. Santafé de Bogotá, Biblioteca Pontificia Universidad Javeriana 1994, págs. 71 y 72 (*“Jurisprudencia nacional y la Teoría de la imprevisión”*).

comienzos del siglo xx, y ha sido de recibo tanto en los contratos administrativos como en el derecho privado. En Colombia, la recepción de esta teoría se remonta a la década de los treinta del siglo xx, pero su consagración positiva y su aplicación real datan de los años setentas del mismo siglo, época a partir de la cual se ha consolidado hasta la actualidad.

A pesar de existir en el derecho privado diversas justificaciones para limitar la aplicación estricta del principio del pacta sunt servanda, la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos administrativos encuentra su justificación en las necesidades de prestación continua y eficiente del servicio público; en los principios constitucionales de la igualdad ante las cargas públicas y la garantía del patrimonio de los particulares; en la justicia contractual, y en la conmutatividad del contrato administrativo.

Para que un hecho o acontecimiento que produce la alteración de las condiciones contractuales permita dar aplicación a la teoría de la imprevisión, el mismo debe ser extraño a las partes en el sentido de que no pueda serles imputado; debe ser posterior, al menos en sus efectos, a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato; debe constituir un álea extraordinario porque su carácter excepcional no pudo ser razonablemente previsto por el afectado, y debe afectar en forma grave y anormal la economía del contrato haciéndolo más gravoso”.⁶⁴

Es así, que la teoría de la imprevisión como una de las formas para dar aplicación al principio del equilibrio económico de los contratos estatales, se convierte dentro del contrato de obra pública pactado a precio global en un ajuste obligatorio como ya se mencionó con cargo al Estado para mantener equilibrada la ecuación financiera del contrato, considerando los fines de la contratación estatal y la prestación continua y eficiente del servicio público, del mismo modo cabe resalta

⁶⁴ RODRÍGUEZ R., Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos, segunda edición. Bogotá, Editorial Temis 2012, págs. 135 y 136 (“Teoría de la imprevisión”).

que esta se convierte en un método idóneo para realizar las variaciones a los precios.

9.3.2. Falta de planeación dentro del contrato de obra pública de la administración cuya modalidad de pago se realizará a precios unitarios.

El análisis sobre el principio de planeación que se pretende realizar dentro del presente acápite será el adecuado al contrato de obra pactado a precio unitario, a diferencia del análisis realizado en líneas precedentes, por el contenido de cada tipología contractual sujeto al precio de la obra (global y unitarios).

Así lo expresa la Corte Constitucional en apartes de la sentencia C-300 de 2012, apoyándose en la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, manifestando que: *“El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos”*.⁶⁵

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, expediente D-8699. Actor: Martín Bermúdez Muñoz. 25 de abril de 2012. (...) Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre concurrencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual, si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegociaciones a favor del contratista. Ahora bien, como se indicó en ese concepto, el que la mutabilidad de los contratos estatales sea posible no significa que pueda llevarse a cabo por la mera voluntad de las partes o de la entidad contratante; por el contrario, la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la Corte concuerda con la Sala de Consulta y Servicio Civil en que la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal. La Sala de Consulta explicó: “La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el

Del mismo modo, el principio de planeación es recogido por el artículo 25.12 de la ley 80 –modificado por la ley 1474 de 2011, el cual dispone en lo pertinente:

“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.

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”.⁶⁶

Por otra parte, y para seguir describiendo el principio de planeación el doctor SUÁREZ BELTRÁN, lo expone diciendo que: *“De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad.*

La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no solo para la realización

tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por esto utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad, (artículo 4.9), acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar diferencias, evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar (...).

⁶⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1474 DE 2011, Artículo 87 – Maduración de Proyectos: *El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 quedará así: (...)*”

efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal.

Finalmente, no debe olvidarse que a las voces del inciso 2° del artículo 3° de la Ley 80 de 1993, los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar los contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no solo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas, sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencia que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas.

Mucho menos podrán pretender los contratistas, en estos casos, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos o, por decir lo menos, a percibirlos con fundamento en un negocio jurídico que ostenta un vicio de ilegalidad por violar, entre otros, el principio de planeación”.⁶⁷

De acuerdo con lo expuesto, entonces la planeación se convierte en un instrumento fundamental dentro de los contratos estatales, dicho esto, es posible que las partes lleguen a acuerdos, concesos y arreglos, no sobrepasando el principio de planeación, sino protegiendo los fines esenciales de la contratación y la necesidad del servicio que se pretende con esta.

⁶⁷ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público, primera edición. Bogotá, Editorial Legis 2015, págs. 23 y 24 (“De la planeación y asuntos previos”).

9.3.2.1. La variación de precios como consecuencia de la inclusión ítems no previstos y mayores cantidades en los contratos de obra pública pactados a precio unitario.

Cuando se está en presencia de un contrato de obra pública a precios unitarios, encontramos que la remuneración del contratista depende de la liquidación que se haga de las actividades que ejecute dentro del plazo estipulado, de conformidad con el listado de precios por unidad que ofertó, las cuales deberán ser avaladas y aceptadas por la interventoría y/o supervisión según lo establecido en el contrato. En ese sentido, se repite, la forma de pago del contratista es variable debido a que el cálculo económico que dio lugar a **la ecuación contractual pactada es una estimación del precio** mas no es una cifra exacta o fija del mismo.

En la modalidad de precios unitarios la remuneración del contratista depende del valor convenido por actividad o unidad. Cada uno de dichos precios unitarios emana del cálculo de costos o gastos que fueron incluidos dentro del APU (análisis de precios unitarios) respectivo. En ese orden de ideas, cada precio unitario que pactan los contratantes queda circunscrito al cálculo y a los costos o gastos ya referidos, de tal forma, que contractualmente lo que podrían exigirse no puede ser nada diferente al cálculo y a los costos o gastos discriminados en el APU. Desde este punto de vista, en principio, ninguna de las dos partes del contrato se obliga a cumplir menos o más sino la prestación exacta determinada en el APU. Asimismo, es a partir de allí, que procede el análisis para incorporar mayores cantidades o ítems no previstos al contrato, previa celebración de un otrosí.

Del argumento anterior, igualmente puede afirmarse, que un determinado precio unitario no se encuentra definido por las palabras, las frases, las oraciones, los párrafos, las cláusulas o sus parágrafos, los anexos, los apéndices, o en general, cualquier texto de los documentos que integran al contrato, que usualmente hacen referencia a generalidades, o también, podrían llegar a contradecir o desdibujar el

correspondiente APU. Pues, de otra parte, si se quiere conocer su real fisonomía, se reitera, ella proviene exclusivamente del cálculo efectuado con base en las cifras y los conceptos económicos que componen el APU respectivo, que además le dieron origen, y a su vez constituyen el límite fijado en el acuerdo de voluntades de los contratantes. Claro está, ello no implica dejar de lado, la aplicación de otras reglas contractuales de carácter económico relacionadas con dicho APU como pueden ser las fórmulas de ajustes de precios y el valor del AIU asociado al mismo.

Los APU pueden convenirse cuando se suscribe el contrato o posteriormente, en este último evento se les denomina “ítems no previstos”. Cuando se requiera verificar que algún “ítem no previsto”, o costo del contrato, ya había sido incorporado al mismo deben constatarse los APU que las partes concertaron al momento de su celebración, o en otrosí al mismo.

Apoyando lo dicho, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha expresado sobre el particular, lo siguiente:

*“(...) Por el contrario, en los contratos a precio indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la cláusula del valor en el mismo, apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto **(así se precisó dentro del numeral 6.4 – Valor Final)**. En estos eventos, tal cláusula solo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas solo se definirá cuando se ejecute la obra y, aplicando el procedimiento establecido, se establezca tal costo.*

*Con base en lo expuesto brevemente, es fácil concluir que es un error celebrar contratos adicionales **(es un acierto celebrarlos en contratos pactados a precio global, como se menciona dentro del acápite No. 9.3.1.1. del presente documento)** a los contratos principales celebrados por alguno de los sistemas de precios determinables (unitarios, administración delegada y reembolso de gastos), para poder ejecutar obras cuyo costo de ejecución sobrepase el estimado inicialmente. En efecto, el error consiste en pensar que ese precio estimado inicialmente es el verdadero valor del contrato, pues, como se explicó, solo es un estimativo pero el verdadero valor se determinará una vez concluya la obra⁶⁸ (...)”*
NEGRITAS Y SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO

Ciertamente, lo expresado nos lleva a la reflexión sobre el tema que nos ocupa con ocasión a la viabilidad y la formalidad para variar los precios de un contrato tanto a precios globales, como a precios unitarios.

9.3.2.2. El tratamiento de los precios unitarios en los contratos de obra pública a través de la teoría del hecho cumplido.

Se ha venido manejando el tema de la variación de precios en los contratos de obra pública de la administración, el tratamiento y su rigurosidad, bajo este entendido, la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de unificación con ponencia realizada por el doctor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA en el año 2012, nos trae una excepción al tema del rigor y de la formalidad para llevar a cabo las variaciones a los precios planteadas en el presente documento, y que se hace pertinente analizar, como quiera que las razones para ellos estriban según la Sentencia de Unificación en tres casos: (i) cuando así lo disponga la Entidad Pública, en virtud de su autoridad; (ii) cuando se necesite la adquisición urgente de

⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 1439 de julio 18 de 2002. Concejera Ponente: SUSANA MONTES DE ECHEVERRY.

bienes, servicios y suministros por afectaciones a la salud, y (iii) cuando exista un tema exclusivo de urgencia manifiesta.⁶⁹

Así las cosas, y en concordancia con las reglas jurisprudenciales sobre la ejecución de componentes fuera del alcance contractual, como las de planeación de los mismos, no es dable el reconocimiento de los ítems no previstos cuyo tratamiento incumple con las reglas de formalidad y solemnidad (*ad solemnitatem, ad substantiam actus*) de la modificación contractual (incorporación al contrato).

En el mismo sentido, si la modificación no contare con las reglas de solemnidad y formalidad las cuales se mencionan dentro del párrafo inmediatamente anterior, es decir; un documento modificador del precio mediante acta avalada por la

⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA, Sala Plena, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, sentencia del 19 de noviembre de 2012, radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897), actor: MANUEL RICARDO PÉREZ POSADA y demandado: MUNICIPIO DE MELGAR.

“(…) Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:

- a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium construyó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.
- b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.
- c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

Y si se invoca la buena fe para justificar la procedencia de la actio de in rem verso en los casos en que se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual, como lo hace la tesis intermedia, tal justificación se derrumba con sólo percatarse de que la buena fe que debe guiar y que debe campar en todo el iter contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva (...)

interventoría, supervisión y el propio contratista, es válida, como quiera que está produciendo efectos jurídicos, pero es ineficaz e inoponible para el representante legal de la entidad y/o el ordenador del gasto (gestor fiscal) y hasta para la misma entidad contratante.

Esto, en palabras de los doctores GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA *“La falta de poder o facultad suficiente en la persona que obra a nombre de otra descarta, a lo menos en principio, la representación y sus propios efectos, tanto en el caso de que el otorgante del acto carezca en absoluto de todo poder legal o voluntario, como en el de que, teniéndolo, se haya extralimitado en su ejercicio. En ambos casos el acto es inoponible al presunto representado, o sea, que no lo afecta en manera alguna, por ser respecto de él res inter alios acta.”*⁷⁰

Esta misma postura es adoptada por el inciso 2° del artículo 1266 del Código de comercio que dispone que: *“Los actos cumplidos más allá de dichos límites sólo obligaran al mandatario, salvo que el mandante los ratifique.”*⁷¹, reiterando la regla atrás citada.

9.4. La variación de los precios dentro de los contratos de obra pública de la administración como causa de una modificación unilateral.

Las cláusulas excepcionales traídas y desarrolladas por el legislador en la Ley 80 de 1993⁷² para darle a la administración plenas facultades y autonomía dentro de

⁷⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; OSPINA ACOSTA, Eduardo. “TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DEL NEGOCIO JURÍDICO.” Editorial Temis. Séptima Edición. Bogotá D.C., 2009. Páginas 337 y 338 (“La Representación”).

⁷¹ DECRETO 410 DE 1971 – CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, Artículo 1266 LIMITES DEL MANDATO Y ACTUACIONES. El mandatario no podrá exceder los límites de su encargo. Los actos cumplidos más allá de dichos límites sólo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique (...)

⁷² CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 80 DE 1993, ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y

vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, 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.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas 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 inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente (...)

ARTÍCULO 15. DE LA INTERPRETACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.

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

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

ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
3. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

los contratos que esta realice, pero no bajo el precepto de la arbitrariedad, ni la vulneración de los derechos del colaborador del Estado, sino para asegurar el interés general y los fines estatales perseguidos con dicha contratación, cuando ello lo requiera.

De este modo, y para el desarrollo de la temática propuesta que se aborda en el presente documento, es preciso hablar sobre; *las modificaciones sin órdenes regulares*, entre otras **la variación del precio**.

“Pese al poder de la modificación unilateral de la entidad contratante es frecuente que esta realice acuerdos informales con el contratista para el pago de las modificaciones introducidas a las condiciones iniciales de ejecución del contrato, lo que se presenta con frecuencia en los contratos de obra, así como trabajos y servicios suplementarios sin celebrar contratos adicionales. Es necesario entonces determinar sobre qué fundamento jurídico se pueden reconocer indemnizaciones al contratista por estas prestaciones y cómo fijar su valor.

*Frente a los contratos a precios unitarios, hemos visto que la jurisprudencia estima que no hay necesidad de realizar contratos adicionales si las modificaciones se limitan al aumento o a la reducción de las cantidades de unidades de obra o servicio previstas inicialmente en el contrato, **por cuanto el precio de estos contratos no varía sino cuando hay modificación a los precios unitarios**⁷³*

4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

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

La iniciación de 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.

⁷³ BENAVIDES, José Luis. El Contrato Estatal, segunda edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 93 (“*Las manifestaciones de la responsabilidad por modificación de la ecuación contractual*”)

“(...) La modificación de la noción de ecuación contractual introducida por la Ley 80 de 1993 conlleva una modificación paralela de la noción de responsabilidad sin culpa. Las relaciones de las partes contratantes, más igualitarias, cambian profundamente el vínculo de solidaridad de la administración contratante para con su contratista. Las modificaciones de las condiciones de ejecución del contrato son así consideradas a partir del intercambio de las prestaciones correspondientes. La equidad, en la base de la responsabilidad, se inspira y fundamenta en la justicia conmutativa inherente a todo contrato sinalagmático, y existe con independencia del carácter público o privado de las partes contratantes⁷⁴ (...)”

Por lo cual, “(...) en la modificación unilateral, el caso más simple es el pago del aumento de las prestaciones en los contratos a precios unitarios, por cuanto el mismo contrato brinda los parámetros para hacerlo. En realidad, como ha afirmado en repetidas ocasiones la jurisprudencia, en estos eventos no estamos frente a una verdadera modificación del contrato⁷⁵ (...)”

“El precio del contrato no está definido desde el comienzo. Tan solo lo están los precios unitarios de tal suerte que hay que esperar el final de la ejecución para poder calcular el número de unidades efectivamente ejecutadas y determinar el valor final del contrato, sin que la modificación de las cantidades iniciales pueda ser considerada como modificación del objeto contractual.

En este evento, las condiciones iniciales del contrato permiten conservar la ecuación definida pese a la ampliación de las prestaciones del contratista.

Por el contrario, si la modificación consiste en nuevas prestaciones no previstas en la licitación, la administración tendrá el poder de fijar unilateralmente su valor, si no llega a un acuerdo con el contratista, restableciendo así la ecuación contractual sobre bases por completo ajenas a las condiciones iniciales, tales como las

⁷⁴ BENAVIDES, José Luis. El Contrato Estatal, segunda edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 158 (“Hechos imprevistos extraños a las partes”)

⁷⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: Samuel Reales Ortiz., Sentencia del seis (6) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*condiciones del mercado, que serán definidos en última instancia por la entidad contratante de manera unilateral”.*⁷⁶

Frente a lo dicho por el doctor BENAVIDES, es claro que la variación de los precios lleva consigo unas características especiales que van más allá de un acuerdo de voluntades por parte de la administración, la misma se encuentra revestida de formalidad y que hasta la misma modificación unilateral contiene dicha formalidad, pero no se debe olvidar que dichas modificaciones de las condiciones de ejecución del contrato ordenadas por la administración conllevan también la indemnización del contratista. El ejercicio del *ius variandi* hace nacer, en favor del colaborador de la administración, el derecho a que se mantenga en todo momento la ecuación financiera de la relación jurídica.

Ahora bien, ubicándonos en el tema situacional con respecto a las modificaciones contractuales de manera unilateral como potestad excepcional de la administración, mediante la incorporación cláusulas incluidas de manera obligatoria en los contratos de obra pública, para lo cual, vemos la necesidad de analizar la cláusula de modificación unilateral, como quiera que surge la siguiente inquietud, a saber; ***¿es posible la variación de los precios de un contrato estatal y específicamente de obra pública unilateralmente por parte de la administración?***, este interrogante será resuelto más adelante, no sin antes hacer una breve explicación sobre este actuar público, a saber:

Es preciso iniciar expresando que el contrato regulado por el régimen privado es, por naturaleza inmutable por una sola de las partes, sólo puede variarse dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, por acuerdo entre ellas; es ajeno a él que una de las partes pueda modificarlo sin el consentimiento de la otra, pues el contrato es ley para las partes. Por el contrario, el régimen público, el contrato carece de esa inmutabilidad propia de los contratos de derecho privado, pues la entidad pública

⁷⁶ BENAVIDES, José Luis. El Contrato Estatal, segunda edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 153 (“*Prerrogativas contractuales del poder público*”)

puede introducir modificaciones al acuerdo contractual, en los casos taxativamente señalados por los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993⁷⁷ y en ejercicio del poder de control y dirección, y en razón del interés general, para lograr la ejecución idónea del objeto contratado. Es lo que en lenguaje doctrinal se denomina como *ius variandi* que no es más que una manifestación de los poderes de la administración, que le permiten obtener la ejecución oportuna y adecuada del contrato. Para MANUEL MARÍA DÍEZ, “*la teoría de la mutabilidad no suprime la fuerza obligatoria de los contratos administrativos y solamente y limita el alcance de esa fuerza obligatoria*”.⁷⁸

De ahí que “*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 llegaren a un acuerdo, la entidad pública, a través de acto administrativo motivado, puede modificarlo mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios,*”⁷⁹ pero haciendo el reconocimiento económico al contratista, por las compensaciones e indemnizaciones a que tenga derecho.

Para los profesores españoles, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA y TOMÁS RAMON FERNÁNDEZ, “*el alcance del ius variandi en los contratos administrativos, no tiene límites, ni puede existir, pues el interés público no puede quedar comprometido por el error inicial de la entidad contratante; el poder de modificar unilateralmente el objeto y el contenido del contrato, es ilimitado en su extensión e*

⁷⁷ Ibidem

⁷⁸ DÍEZ, Manuel María. *Manual de derecho administrativo*, Tomo I. Editorial Plus Ultra, Tercera Edición, 1983, Buenos Aires.

⁷⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA – LEY 80 DE 1993 – Artículo 16. De la modificación unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

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

*intensidad dentro de las exigencias que el interés público imponga, pero sólo resulta de aceptación obligatoria para el contratista dentro de ciertos márgenes que la ley prevé. No tiene sentido obligar a la comunidad a soportar una carretera, un puerto o un embalse mal planteados, ab initio, inútiles o ineficaces desde su misma concepción, por un simple respeto al contractus lex”.*⁸⁰

Dicho lo anterior, y en cuanto al interrogante planteado al inicio, se colige que la variación de precios como causa de una modificación unilateral de la administración dentro de un contrato de obra pública siempre será posible por mandato expreso de los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993⁸¹ ya traídos a colación, en últimas para garantizar el fin de la contratación, proteger el interés general y mantener la ecuación económica del contrato. Por supuesto que, cualquier variación del precio de un contrato estatal y en especial de obra pública requerirá como se ha mencionado anteriormente, del cumplimiento de requisitos rigurosos, tanto formales, como solemnes (*ad solemnitatem, ad substantiam actus – ad probationem*),⁸² es decir, con el consentimiento de las partes del contrato, si fuere del caso contar con el concepto favorable de la supervisión contractual y la interventoría su la tuviere.

⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás Ramon Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993, pág. 706.

⁸¹ Ibidem.

⁸² SENTENCIA 1185 DE 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, Expediente: T-373.655 de fecha 13 de noviembre de 2001. Así mismo, los actos jurídicos formales son de dos clases: a) Actos solemnes (*ad solemnitatem* o *ad substantiam actus*), y b) Actos formales (*ad probationem*). La existencia de los actos solemnes está supeditada a la observancia de las formas prescritas en la ley o determinadas por las partes, es decir, la voluntad de los agentes debe expresarse a través de un preciso cauce legal o convencional, de tal manera que su inobservancia hace que el acto se reputa inexistente, o que se transforme en otro acto (teoría de la conversión de los actos jurídicos). La institución de los actos solemnes se debe a que la ley, inspirada en los criterios de seguridad e interés social, ha exigido ciertos requisitos con la finalidad de asegurar, precisar y conservar ciertos hechos u operaciones que repercuten en el ámbito social. Tratándose de los actos formales, por el contrario, a pesar de que se requiere de una determinada solemnidad jurídica, la inobservancia de la misma no afecta la existencia o la validez del acto jurídico, sino su prueba.

10. IMPLICACIONES DE LA VARIACIÓN DE PRECIOS INCORPORADOS DENTRO DE LA MATRIZ DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA DE LA ADMINISTRACIÓN.

10.1. El tratamiento de los riesgos dentro de los contratos de la administración.

Es preciso indicar al tratar el presente capítulo, que la temática de “planeación contractual” ya fue abordada en líneas precedentes, pero, se hace relevante mencionar que; en palabras de GEORGES RIPERT “*Contratar es prever (...) el contrato es una empresa que se sitúa en el futuro*”.⁸³ Pues bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 se esclareció en Colombia el alcance conceptual del denominado “principio de planeación”, cuyo respeto debe garantizarse durante la gestión contractual adelantada por las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a la luz de lo señalado por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993⁸⁴ y conforme lo ha precisado nuestra jurisprudencia nacional.⁸⁵ Ahora bien, al establecer el artículo 4° de la Ley 1150 de 2008⁸⁶ que “los

⁸³ Ripert, George. *La Regle Morale dans les obligations civiles*, París. LGDJ, pág. 144.

⁸⁴ Sobre el particular hay que tener en cuenta que si bien el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 no hace expresa mención al principio de planeación contractual, el mismo hace parte del alcance conceptual del principio de economía enunciado en el artículo 23 *ibidem* y desarrollado en el artículo 25 de la misma ley.

⁸⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencias del 29 de agosto de 2007, radicadas bajo números 15469 y 14854, Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, quien en el último de los pronunciamientos expresó: “(...) La jurisprudencia de la Sala ha sostenido repetidamente, y así lo reitera ahora, que, **en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación** en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato ; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; **(iv) los costos, valores y alternativas que, a precio de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto;** (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven e la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. (negrita fuera del texto)

⁸⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1150 DE 2007, Artículo 4°- DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación”, produjo un cambio sustancial en nuestra contratación pública. Al respecto la doctrina nacional ha dicho que:

“La anterior consagración aborda un tema extremadamente delicado como es el de los riesgos en la contratación estatal, aspecto que ha conducido a innumerables procesos judiciales y arbitrales, así como a enfrentamientos que en nada colaboran con el interés general. La idea y espíritu de esta normativa busca, bajo mi lectura, que desde el inicio mismo de los procesos de selección y del planteamiento del negocio de que se trate, las partes expongan clara y lealmente sus posiciones, minimizando con ello, en la medida de lo posible, que se presenten futuras confrontaciones o conflictos o reclamaciones, producto del silencio o falta de nitidez en un aspecto tan determinante como el de los riesgos, que entre otras cosas es factor que influye radicalmente en el precio.

Esta previsión implicará muy seguramente un gran esfuerzo no solo de quienes elaboran y estructuran los pliegos de condiciones o sus equivalentes, sino de los propios oferentes, quienes requerirán también un claro compromiso para clarificar lo que puede ser calificado como riesgo previsible.

Así las cosas, se pretende lograr que la tipificación y asignación de los riesgos, realizada durante el proceso de selección, sea la llamada a definir, en lo posible, los “riesgos previsible”, asumidos por el contratista, y, de contera, con ello determinar los riesgos imprevisible, que están, en principio, a cargo de la entidad pública contratante. Si estas previsiones normativas son bien manejadas y cumplen el objetivo propuesto de claridad propuesto en el negocio inter-partes, se podrían evitar muchos de los conflictos que tienen como sustento el tema de equilibrio económico, que encuentra su principal soporte en la aparición, durante la ejecución

*del contrato, de circunstancias extraordinarias e imprevisibles ajenas al contratista y que hacen excesivamente onerosa la prestación a su cargo”.*⁸⁷

Así las cosas, hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007 y de su reglamentación, no existía en nuestro ordenamiento una disposición que estableciera con precisión las actividades que debían desarrollar los operadores encargados de la gestión contractual del Estado Colombiano de manera previa a la apertura de los procesos de selección o a la celebración de los contratos, actividades estas que, o se encontraban dispersas en las diferentes reglas que integraban nuestros estatutos contractuales,⁸⁸ o se mencionaban a nuestro criterio, de manera insuficiente.⁸⁹

Frente a dicha realidad, quiso la Ley 1150 de 2007 “orientar a las entidades hacia el fortalecimiento de los procesos de planeación”,⁹⁰ propósito dentro del cual fue considerado de especial importancia el crear un sistema encaminado a lograr la adecuada “marcha de los contratos”, que en el pasado se había visto empañada por la indeterminación de las conductas a adoptar por las partes, **frente al acaecimiento de los riesgos previsibles propios de los contratos estatales celebrados.**

Y es que la indeterminación de un “*plan de acción*”⁹¹ frente al advenimiento de los riesgos propios de todo contrato, generalmente daba lugar a una serie de consecuencias negativas para ambas partes dentro de un contrato, pues tras el acaecimiento de aquellos sobrevenía la parálisis del contrato, con lo que la

⁸⁷ PALACIO JARAMILLO, María Teresa, *Derogatoria de la garantía de utilidad del contratista frente al reconocimiento del equilibrio económico del contrato*, V jornadas de contratación estatal, Universidad de los Andes, 2008, pág. 17.

⁸⁸ En el caso del Decreto 222 de 1983, las distintas actividades de planeación contractual se encontraban disgregadas en los artículos 30 numeral 2°, 46, 83 (parágrafo) y 84.

⁸⁹ En el caso de la Ley 80 de 1993, sus artículos 25 y 30 mencionan genéricamente, que “con la debida antelación” a la apertura de los procesos de selección o la firma de los contratos, corresponde elaborar una serie de “estudios, diseños y proyectos” y que de manera previa a la apertura de los procesos de licitación pública, corresponde realizar un estudio en el que se analizara la conveniencia y oportunidad del contrato a celebra, sin especificar concretamente las actividades precontractuales a cargo de los funcionarios públicos encargados de la gestión contractual del Estado.

⁹⁰ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, proyecto de Ley 20/05 Senado, 057/06 Cámara de representantes.

⁹¹ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. *Estudios de derecho contractual público*, primera edición. Bogotá, Editorial Legis 2015, pág.10 (“*Sobre el manejo del riesgo*”).

administración -en su ánimo de garantizar la ejecución ininterrumpida del contrato- hacia uso de las cláusulas excepcionales de que es titular, lo que solía terminar ante el juez del contrato a propósito de establecer si debían imputarse o no, total o parcialmente, los riesgos presentados en cabeza de la administración, con el fin de preservar el principio del “*equivalente económico*”⁹² (conocido en nuestro ordenamiento como el “principio del equilibrio financiero del contrato” por así denominarse en el derecho francés),⁹³ y de restablecer, en consecuencia, la ecuación económica y financiera del contrato cuando procediera, con el consecuente impacto de las arcas públicas.

Entonces fue ese el escenario que motivó la creación de la regla legal hoy contenida en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, la que impone a las entidades públicas, tipificar, estimar y asignar los riesgos previsibles que puedan acaecer durante la ejecución de los contratos estatales, actividad esta que no tienen nada distinto que corregir lo que anteriormente ocurría, de manera que ante la ocurrencia de cualquiera de los riesgos previsibles del contrato -previamente identificados, estimados y distribuidos entre las partes- puedan estas implementar el “*plan de acción*”⁹⁴ para mitigarlos, atendiendo a quien tenga la carga jurídica de soportarlos.

10.2. Administración del riesgo contractual previsible a partir de la Ley 1150 de 2007.

En este estado de las cosas se ha pretendido dar claridad a la administración de los riesgos dentro de la contratación pública, y específicamente dentro de los contratos de obra de la Administración pactados tanto a precios globales, como a precios unitarios, de tal suerte que dichas implicaciones sean equitativas para las partes y que el riesgo se encuentre en cabeza de quien esté en mejor posición para asumirlo,

⁹² ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativo*”, Edición. IEA, 1968.

⁹³ RIVERO, Jean, *Derecho administrativo*, Edición. Dalloz, traducción en la 9° edición, París – Francia, 2006, pág. 139.

⁹⁴ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. *Estudios de derecho contractual público*, primera edición. Bogotá, Editorial Legis 2015, pág.11 (“*Sobre el manejo del riesgo*”).

y el tratamiento que se le dará a las variaciones de precios si llegaren a materializarse dichos riesgos, tal y como lo explica ESCOBAR GIL, *“el interés por el establecimiento de unas reglas claras en materia de distribución de riesgos contractuales, surgió en nuestro país en la década de los sesenta, de la mano con la estructuración de la teoría de la equivalencia económica del contrato. Añadiríamos entonces que fue precisamente el no haber ahondado en un esquema adecuado de distribución, lo que generó la necesidad de que el legislador del 2007 profundizase en la materia para incentivar una conducta diligente de las partes a propósito de efectuar esa distribución de lo previsible con la mayor diligencia posible”*.⁹⁵

Entonces, como se ha mencionado a lo largo del acápite anterior, el tema de riesgos para los contratos de la administración es de vital importancia, como quiera que resulta de ayuda tanto para las entidades públicas, como para los contratistas la mitigación de situaciones que coloquen en peligro la ejecución de un contrato, como se desarrollará a continuación sobre el tratamiento de los riesgos cuando existan variaciones a los precios dentro de un contrato de obra pública.

10.3. La variación de precios como un riesgo previsible incorporado en la matriz.

A lo largo del presente documento se ha tratado la variación de los precios en los contratos de obra pública de la administración, en donde el tratamiento de los contratos a precios globales es distinto a los contratos a precios unitarios, por las razones ya expuestas, de tal suerte que la incorporación de estas variaciones en las matrices de este tipo de contratos es distinta, como se verá a continuación:

⁹⁵ ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría General de los contratos de la administración pública, primera edición. Bogotá, Editorial Legis 1999.

10.3.1. Matriz de riesgo en contratos de obra pública pactados a precios globales.

Partiendo de la premisa que, dentro de este tipo de contratos de obra, el contratista obtiene como remuneración una suma fija y es el único responsable del cumplimiento del objeto, la vinculación de personal, la elaboración de subcontratos o la obtención de materiales, donde en el contrato a precio global, se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurre el contratista para la ejecución de la obra y la entidad estatal no debe reconocer mayores cantidades de obra u obras adicionales necesarias no previstas que se encuentren dentro del objeto. En este orden de ideas, la variación de los precios evidentemente es un riesgo previsible, pero, por la forma de este tipo de contratos, **la carga jurídica de soportarlo, es decir la asunción se encontrará siempre en cabeza del contratista.** Contrario *sensu* si hubiese una mala elaboración de estudios y diseños por parte de la administración, en este caso operaría la “falta de planeación estatal”, principio ya mencionado y tratado dentro de este documento y que sería necesario la realización de un contrato adicional para ello.

En palabras del Magistrado BASTIDAS BÁRCENAS, *“la falta de planeación dentro de un contrato estatal en ningún caso podrá ser un aliciente para que el contratista solicite un equilibrio económico del contrato, en razón que las obligaciones que se generan del mismo son correlativas, y el contratista debió advertir en la etapa previa de dicha falta de planeación”*.⁹⁶ Es así que, dentro del análisis expuesto no sería factible la incorporación de un riesgo sobre la variación de precios del contrato de obra pública pactado a precio global en principio, como quiera que aumentaría el valor del contrato y el valor de las garantías, pero, si se incorporarán sería un riesgo

⁹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Sentencia del 21 de agosto de 2014, Consejero Ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Expediente: 11001031500020130191900. Actor: Constructora CONCRETETO S.A., demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C.

asumido por el contratista en su totalidad por la características de este tipo de contratos.

10.3.2. Matriz de riesgo en contratos de obra pública pactados a precios unitarios.

Haciendo el mismo análisis, y considerando que “*los contratos de obra por precios unitarios tienen la particularidad de que su valor final o real, está dado por las unidades y cantidades de obra realmente ejecutadas.*”.⁹⁷ Entonces, **el valor de ejecución o valor final del contrato por precios unitarios raramente coincide con el valor inicial pactado para el mismo**, bajo esta premisa y a diferencia de los contratos de obra pactados a precio global, en estos, las variaciones de los precios si es factible incorporarlos en una matriz de riesgos, cuya asunción por obvias razones estaría a cargo de la entidad contratante.

Si llegare a materializarse el riesgo antes mencionado, es importante respetar las reglas de formalidad y solemnidad (*ad solemnitatem, ad substantiam actus – ad probationem*).⁹⁸

Finalmente, a modo de conclusión para el presente capítulo (como se observa en el capítulo 7), si es dable variar los precios de un contrato de obra pública de la Administración cuando estos se encuentren plasmados dentro de la matriz de

⁹⁷ ESCOBAR HENRÍQUEZ, Álvaro. El contrato estatal de obra, primera edición, Bogotá, Editorial Gustavo Ibáñez 1999, Pág. 97 (“*Contrato de obra a precio unitario – valor final*”)

⁹⁸ SENTENCIA 1185 DE 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, Expediente: T-373.655 de fecha 13 de noviembre de 2001. Así mismo, los actos jurídicos formales son de dos clases: a) Actos solemnes (*ad solemnitatem* o *ad substantiam actus*), y b) Actos formales (*ad probationem*). La existencia de los actos solemnes está supeditada a la observancia de las formas prescritas en la ley o determinadas por las partes, es decir, la voluntad de los agentes debe expresarse a través de un preciso cauce legal o convencional, de tal manera que su inobservancia hace que el acto se reputa inexistente, o que se transforme en otro acto (teoría de la conversión de los actos jurídicos). La institución de los actos solemnes se debe a que la ley, inspirada en los criterios de seguridad e interés social, ha exigido ciertos requisitos con la finalidad de asegurar, precisar y conservar ciertos hechos u operaciones que repercuten en el ámbito social. Tratándose de los actos formales, por el contrario, a pesar de que se requiere de una determinada solemnidad jurídica, la inobservancia de la misma no afecta la existencia o la validez del acto jurídico, sino su prueba.

riesgos, acudiendo a las reglas de tipificación, estimación y asignación que se hayan realizado dentro de la audiencia correspondiente de *asignación de riesgos*⁹⁹

11. BUENAS PRÁCTICAS DENTRO DE LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA CONCOMITANTE A LA VARIACIÓN DE PRECIOS DENTRO DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA.

En este, se pretende informar la manera adecuada de realizar por parte de las entidades la variación de los precios si a ello hubiese lugar, teniendo en cuenta los preceptos ya esbozados y otros que son necesarios para el desarrollo del presente capítulo.

Luego de haber desarrollado el tema sobre los efectos y consecuencias de las variaciones de los precios en los contratos de obra pública en especial en los pactados a precio global y unitario, del mismo modo se hace necesario dejar las siguientes claridades, a saber:

En un contrato estatal no pueden coexistir reglas de precios unitarios y de precio global ya que son conceptos opuestos o contradictorios. En consecuencia, al generarse una discusión contractual debido a que algunas de sus reglas de precio parecerían encuadrar en una modalidad de precio global y otras en una modalidad de precios unitarios, deberán aplicarse los criterios siguientes para determinar si dicho contrato es a precio global o a precios unitarios:

⁹⁹ DECRETO 1082 DE 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”, Artículo 2.2.1.2.1.1.2. Audiencias en la licitación. En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de Riesgos.

En la audiencia de asignación de Riesgos, la Entidad Estatal debe presentar el análisis de Riesgos efectuado y hacer la asignación de Riesgos definitiva.

- Identificar si en el contrato existen cláusulas, referencias o condiciones de ajustes de precios, mayores cantidades e ítems no previstos. Si ello ocurre el contrato se pactó a **precios unitarios**.

- Identificar si en el contrato existen cláusulas, referencias o condiciones que el valor del contrato incluye todos los costos directos y los costos indirectos. Si ello ocurre el contrato se pactó a **precio global**.

- Constatar si en la cláusula de “*forma de pago*” del contrato se incluye una información clara de cuál es su modalidad de precio (global o unitario).

- En el evento que los criterios anteriores no resulten suficientes para dilucidar una situación en particular, debe revisarse **si el costo de la contratación fue calculado o planeado con base en precios unitarios** (análisis de precios unitarios - APU), condicionándose así el diligenciamiento y la presentación del anexo económico del proceso de selección respectivo, de tal forma, que el formato económico fue diseñado para que el proponente cotizara el valor de cada APU. Si ello es así, entonces, la forma de pago del contrato es a precios unitarios. Por tanto, deberá hacerse prevalecer la modalidad de precios unitarios sobre cualquier texto existente en las cláusulas, en los anexos, apéndices o en el mismo pliego de condiciones o en la invitación del caso, o en pasajes de cualquier otra clase de los documentos que forman parte de la contratación “(párrafo 12 del artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015)”¹⁰⁰ y donde se ponga de relieve una modalidad diferente de precio (global), pues, la ecuación contractual, se insiste, quedó construida a partir de precios unitarios.

¹⁰⁰ DECRETO 1082 DE 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”, Artículo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones.

Dicho esto, el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha venido expresado situaciones tanto formales como sustanciales en lo referente a la eficacia del documento modificador de un precio en contratos de obra pública.

“(…) Como se advierte, la administración carece de facultades para, unilateralmente, proceder a modificar los precios pactados en el contrato, ni siquiera so pretexto de restablecer el equilibrio económico del mismo, por considerar que variaciones en los precios lo hacen mucho más oneroso para la entidad contratante y menos porque se crea que los precios pactados en el contrato resultan más altos que los precios del mercado (...)”¹⁰¹

Así las cosas, podemos afirmar que para la eficacia de la cual se predica dentro del presente capítulo, es necesario que las entidades contratantes tengan en cuenta lo siguiente, a saber:

Reglas de formalidad y solemnidad (*ad solemnitatem, ad substantiam actus – ad probationem*)¹⁰² de la modificación contractual (incorporación al contrato), traídas del Código Civil Colombiano dentro de la regla del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el cual reza: *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley¹⁰³ (...)”*, es

¹⁰¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, sentencia del 27 de julio de 2012, radicación número: 25000232600019990142001(22954), actor: Compañía aseguradora de finanzas – La Confianza y demandado: BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA.

¹⁰² SENTENCIA 1185 DE 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, Expediente: T-373.655 de fecha 13 de noviembre de 2001. Así mismo, los actos jurídicos formales son de dos clases: a) Actos solemnes (*ad solemnitatem* o *ad substantiam actus*), y b) Actos formales (*ad probationem*). La existencia de los actos solemnes está supeditada a la observancia de las formas prescritas en la ley o determinadas por las partes, es decir, la voluntad de los agentes debe expresarse a través de un preciso cauce legal o convencional, de tal manera que su inobservancia hace que el acto se repunte inexistente, o que se transforme en otro acto (teoría de la conversión de los actos jurídicos). La institución de los actos solemnes se debe a que la ley, inspirada en los criterios de seguridad e interés social, ha exigido ciertos requisitos con la finalidad de asegurar, precisar y conservar ciertos hechos u operaciones que repercuten en el ámbito social. Tratándose de los actos formales, por el contrario, a pesar de que se requiere de una determinada solemnidad jurídica, la inobservancia de la misma no afecta la existencia o la validez del acto jurídico, sino su prueba.

¹⁰³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 80 DE 1993, Artículo 13- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES.

decir, la modificación o documento de reconocimiento debe constar por escrito, y estar suscrito por las partes (contratista y Ordenador del gasto), si fuere del caso contar con el concepto favorable del supervisor y la interventoría (si la hubiere), so pena de dar aplicación al artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, que establece: “*La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista*¹⁰⁴ (...)”.

Lo anterior, recoge la obligatoriedad por parte de las entidades estatales de realizar lo establecido, con el rigor correspondiente para que la aprobación de una variación de precios en un contrato bajo la tipología que se analiza sea viable y surta los efectos legales, técnicos y financieros correspondientes.

12. CONCLUSIONES.

Se hace importante recoger de lo expresado a lo largo del presente documento, un análisis con reglas claras para el manejo de la variación de los precios en los contratos de obra pública de la administración pactados a precios globales y unitarios, a saber:

12.1. Con respecto al valor del contrato como requisito indispensable dentro de la obra pública de la administración, y el equilibrio económico como principio constitucional.

- Se identifica como precio el “*valor*” del contrato. Éste surge habitualmente a un estudio de mercado y un análisis del sector realizado por la entidad, bajo un valor estimado dentro del Plan de Compras – PAA. Así mismo, en algunas ocasiones

¹⁰⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1474 DE 2011, Artículo 84° - FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES.

corresponde al valor de la oferta que presenta el contratista y que acepta el contratante, en los procesos de contratación donde se requiera de la oferta de menor valor.

- Los **precios unitarios** y el **precio global** constituyen variantes o modalidades de la “*forma de pago*” del “*valor*” del contrato. La modalidad de precio es un aspecto que determina la entidad estatal durante la planeación de la contratación (literal c) del ordinal 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993), que acepta el contratista cuando presenta su oferta ya que él se sujeta a las condiciones fijadas en el pliego de condiciones, la invitación o el estudio previo respectivo (parte inicial del numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993).

- Del “*valor*”, de la “*forma de pago*”, del objeto y en general, de los derechos y las obligaciones contenidas en el contrato se origina lo que se conoce como ecuación contractual, económica o financiera (artículo 27 de la Ley 80 de 1993); figura que protege al contratista desde la presentación de su oferta (parte inicial del artículo 27 de la Ley 80 de 1993).

- En ese orden de ideas, la ecuación contractual se gesta de la planeación pública y de la oferta, y nace del acuerdo de voluntades de los contratantes, en la fecha que celebran el contrato y se traduce en el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que asumen.

- De manera más puntual, la ecuación contractual guarda relación con los tipos de contratos que se denominan “*onerosos*” y “*conmutativos*”.

El primero hace alusión a la utilidad que persigue el contratante y el contratista dentro del contrato, quienes se vinculan mutuamente imponiéndose o

gravándose cargas (obligaciones o prestaciones) en beneficio del interés de su contraparte.

El segundo significa que cada parte del contrato contrae obligaciones de dar, de hacer o de no hacer algo (prestaciones) que son equivalentes.

- La ecuación contractual y su equivalencia se hacen perceptibles en el momento de la celebración del contrato, cuando los contratantes voluntariamente se atan bajo condiciones contractuales que ya conocen y admiten. En ese sentido, la celebración del contrato evidencia la culminación del proceso de negociación respectivo donde las partes tuvieron la oportunidad de valorar, bajo condiciones **previsibles**, cuál es el alcance y cuáles son las implicaciones de los compromisos que adquieren.
- En la Ley 80 de 1993 se garantiza en varios de sus artículos que debe mantenerse dicha ecuación contractual durante la vida del contrato, es decir, desde su celebración, durante su ejecución y hasta su liquidación.
- Para entender más gráficamente el concepto de la ecuación contractual del contrato se expone el siguiente ejemplo:

En el instante de su celebración puede representarse el contrato como una balanza, en un lado se encuentra el contratante con sus prestaciones quien principalmente debe cumplir con la forma de pago, y en el otro lado, se ubica el contratista con sus prestaciones quien principalmente debe cumplir con el objeto contractual.

Entonces, debido al acuerdo de voluntades dicha balanza está perfectamente balanceada, o en otras palabras, el contrato produce una relación de intercambio de prestaciones equivalentes y previsibles entre las partes.

- Si se rompe dicha ecuación contractual esa situación es lo que se denomina: *“desequilibrio económico”*.
- El mantenimiento de la ecuación contractual va de la mano con el principio *“el contrato es ley para las partes”*, por el cual, el contratante y el contratista deben cumplir fielmente su acuerdo de voluntades.
- El incumplimiento del contrato es una de las causales de desequilibrio económico (parte final del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993). Ocurre cuando alguno de los contratantes entra en mora en el cumplimiento de las prestaciones a su cargo. Por ejemplo, el contratante discute sin razones jurídicamente válidas el valor o la forma de pago del contrato y debido a ello no realiza los pagos a favor del contratista, quien ya cumplió con los requisitos pactados para que le sea exigible ese pago al contratante. Aquí el contratista puede sufrir desequilibrio económico y también padecer perjuicios.
- Los hechos **imprevisibles** es otra causal de desequilibrio económico (párrafo final del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993).
Al respecto, es necesario pensar que el contrato es un compendio de prestaciones **previsibles** acordadas por los contratantes y precisadas durante el proceso de contratación, donde tuvieron la oportunidad de estimar, valorar, evaluar, calcular, o en otras palabras, pudieron ver con anticipación a su suscripción cuales serían los efectos de los derechos y de las obligaciones que pactarían.

Desde esta perspectiva, puede ser que durante el desarrollo del contrato dicha previsión de las partes (prestaciones a su cargo) sea insuficiente, por ejemplo, el contratista para cumplir con el objeto contractual debe efectuar una mayor

cantidad o nuevas actividades (ítem no previstos) y debido a ello, los recursos concertados (valor inicial del contrato) no alcanzan a cubrir la totalidad del costo de su ejecución.

Aquí puede decirse, sin equivocación, que de un escenario construido en un convenio de circunstancias previsibles se pasa a un escenario de circunstancias imprevisibles.

Cabe decir, que dentro del acuerdo de voluntades de donde nació el contrato las partes pudieron incluir, bajo condiciones previsibles, que algunos de los recursos pactados fuesen destinados para atender imprevistos, o también, instituir reglas frente a eventos que podrían hacerlo más oneroso (riesgo o alea normal del contrato), por ejemplo: determinaron un porcentaje de imprevistos en el precio (A.I.U.), establecieron fórmulas de reajuste del precio y distribuyeron los riesgos previsibles (artículo 4 de la Ley 1150 de 2007) en una “*matriz de riesgos*”. Lo anterior da cuenta que en todo contrato es **normal** la materialización de riesgos durante su ejecución, los cuales dificultan su cumplimiento y por tanto, en la legislación se ha regulado y reglamentado lo pertinente, quedando los contratantes facultados para fijar los mecanismos que estimen apropiados de mitigación en la ecuación contractual.

Sin embargo, el futuro escapa a cualquier previsión diligente (ecuación contractual) entonces podrían presentarse **hechos imprevisibles** (riesgo o alea anormal del contrato) que podrían producir desequilibrio económico.

De lo anterior, es viable concluir, que el riesgo o alea normal del contrato no causa desequilibrio económico y el riesgo o alea anormal si causa desequilibrio económico. Esto último, en el entendido, que aparecen imprevistos cuyos efectos frente al contrato es hacerlo más oneroso y sus impactos económicos o costos no podrían imputarse ni a la partida de imprevistos de la ecuación contractual, ni

tampoco deberían ser asumidos por alguno de los contratantes aplicando las fórmulas de reajuste del precio o la matriz de riesgos estipulada.

En definitiva, únicamente podrá hablarse de desequilibrio económico si a pesar de aplicarse todos los elementos inmersos en la ecuación contractual, la situación imprevista afecta la economía del contrato. Este argumento justificaría la adición en valor del contrato, o su modificación para destinar los saldos de otras actividades ya acordadas, para efectos de pagarle al contratista mayores cantidades o ítems no previstos y así restablecer la ecuación contractual.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que durante la ejecución de un contrato estatal y sin importar si su forma de pago es a precio global o a precios unitarios pueden sobrevenir hechos imprevistos (aleas o riesgos anormales) que ocasionen desequilibrio económico.

12.2. Respecto de la modificación unilateral del contrato estatal y los efectos de la variación de los precios en la obra pública de la administración.

- Tiene como finalidad evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con el contrato.
- La ley exige que se efectúe a través de acto administrativo debidamente motivado, una vez se agote la posibilidad de hacerlo de común acuerdo con el contratista.
- Sólo puede recaer sobre las cantidades de obras, trabajos, suministros o servicios, es decir que no se trata de una facultad omnímoda, que se extienda a

todos los extremos del negocio jurídico ni a todas sus disposiciones y por lo tanto, no la puede ejercer la administración sino dentro de los límites en que le es permitido hacerlo.

- El contrato de obra es un contrato **conmutativo**, en la medida en que las prestaciones a cargo de las partes -las obras a ejecutar por el contratista y el precio a pagar por la administración- se consideran equitativas y se miran como equivalentes y es por ello que el momento de celebración del contrato marca el surgimiento de la ecuación contractual, del equilibrio económico del contrato, que debe ser preservado a lo largo de toda la ejecución contractual.
- A su vez, el precio pactado es la **contraprestación a favor del contratista** y está protegido por la ley, que concretamente en el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, dispone que los contratistas *“tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato”*.
- Ahora bien, durante la ejecución del negocio jurídico, el precio puede sufrir modificaciones, algunas previsibles, como son las provenientes de la aplicación de las fórmulas de reajuste incluidas en el mismo clausulado, para absorber los cambios que por el transcurso del tiempo se puedan presentar en los distintos componentes de los precios unitarios.
- También pueden surgir modificaciones imprevistas, cuando se presentan circunstancias posteriores a la celebración del contrato, que inciden de manera significativa en su valor y que obligan a efectuar una revisión de los precios, para cuyo reajuste no se hubiere previsto una fórmula matemática en el contrato o cuando ésta resulta insuficiente.

- La Ley 80 de 1993 estipula la figura de la revisión de precios de los contratos estatales en los artículos 4 y 5, al consagrar los derechos y deberes de la administración y de los contratistas y en el numeral 14 del artículo 25, estableciendo en la primera de estas normas, que la entidad estatal deberá solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato y así mismo, que deberá adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer, si hubo licitación, o de celebrar el contrato, para lo cual, utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, y acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución.
- A su vez, el numeral 14 del artículo 25, relativo al principio de economía, estipula que las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.
- Se observa entonces, que la **figura del reajuste de precios** es una medida preventiva frente a una situación previsible, que puede afectar el resultado económico final del contrato en contra de cualquiera de las partes, y que se soluciona mediante la inclusión en el mismo de la respectiva cláusula de reajuste, normalmente mediante una fórmula matemática.
- Los mecanismos, de reajuste de precios y revisión de precios del contrato, tienden a preservar la naturaleza conmutativa de los contratos y a garantizar que

la equivalencia inicialmente acordada entre prestaciones y contraprestaciones, entre derechos y obligaciones a cargo de las partes, se mantenga a lo largo de la ejecución, en tal forma que la remuneración recibida finalmente por el contratista corresponda a la que él previó obtener cuando propuso y cuando contrató con la Administración.

- Se observa cómo la aplicación de estos mecanismos de reajuste y revisión de precios parte de la ocurrencia de circunstancias posteriores a la celebración del contrato que inciden en los precios acordados y mientras el primero se efectúa mediante la aplicación de una fórmula previamente acordada, el segundo requiere de la intervención del juez, que es quien está llamado a verificar los **cambios imprevistos** que se hubieren podido presentar en los componentes de los precios y a ajustarlos de tal manera que se conserve la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos del contrato.

Finalmente, cabe anotar con todo esbozado que; cualquier variación del precio de un contrato Estatal y en especial de obra pública requeriría como se ha mencionado anteriormente, del cumplimiento de requisitos rigurosos, tanto formales, como solemnes (*ad solemnitatem, ad substantiam actus – ad probationem*), es decir, con el consentimiento de las partes del contrato, si fuere del caso contar con el concepto favorable de la supervisión contractual y la interventoría su la tuviere.

En el mismo sentido, si la modificación no contare con las reglas de solemnidad y formalidad las cuales se mencionan dentro del párrafo inmediatamente anterior, es decir; un documento modificador del precio mediante acta avalada por la interventoría, supervisión y el propio contratista, es válida, como quiera que está produciendo efectos jurídicos, pero es **ineficaz e inoponible para el representante legal de la entidad y/o el ordenador del gasto (gestor fiscal) y hasta para la misma entidad contratante.**

13. BIBLIOGRAFÍA.

13.1. Doctrinales.

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, Edición. IEA, 1968.
- BAUTISTA MÖLER, Pedro. El contrato de obra pública – Arquetipo del contrato administrativo, segunda edición. Santafé de Bogotá, Biblioteca Pontificia Universidad Javeriana 1994.
- DÁVILA VINUEZA, Luis. Régimen jurídico de la contratación estatal, tercera edición, Bogotá, Editorial Legis, 2017, págs. 287 a 296 (*“apropiación presupuestal y sobrepagos”*)
- DÍEZ, Manuel María. Manual de derecho administrativo, Tomo I. Editorial Plus Ultra, Tercera Edición, 1983, Buenos Aires.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, Álvaro B. El contrato estatal de obra, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.
- ESCOBAR HENRÍQUEZ, Álvaro. El contrato estatal de obra, primera edición, Bogotá, Editorial Gustavo Ibáñez 1999.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás Ramon Fernández, Curso de derecho administrativo, Tomo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993.
- MALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública, cuarta edición, Bogotá, Editorial Universidad Externado 2015.

- PALACIO JARAMILLO, María Teresa, Derogatoria de la garantía de utilidad del contratista frente al reconocimiento del equilibrio económico del contrato, V jornadas de contratación estatal, Universidad de los Andes, 2008.
- Ripert, George. *La Regle Morale dans les obligations civiles*, París. LGDJ.
- RIVERO, Jean, Derecho administrativo, Edición. Dalloz, traducción en la 9ª edición, París – Francia, 2006.
- RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico de los contratos administrativos, segunda edición, Bogotá, Editorial Temis 2012.
- SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público, primera edición. Bogotá, Editorial Legis 2015.
- BENAVIDES, José Luis. El Contrato Estatal, segunda edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. La Nueva Estructura de los Procesos Selectivos en la Contratación Estatal, primera edición, Bogotá D.C., Ediciones Nueva Jurídica, 2009.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; OSPINA ACOSTA, Eduardo. “TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DEL NEGOCIO JURÍDICO.” Editorial Temis. Séptima Edición. Bogotá D.C., 2009.

13.2. Jurisprudenciales.

- CORTE CONSTITUCIONAL - Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente D-8699. Actor: Martín Bermúdez Muñoz. 25 de abril de 2012.

- CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: Daniel Suarez Hernández, sentencia del 29 de abril de 1999, radicación número: 14855, actor: SOCIEDAD CONSTRUCTORA A & C S.A. y demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO.

- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: Samuel Reales Ortiz., Sentencia del seis (6) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

- CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA, Sentencia del 21 de agosto de 2014, Consejero Ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Expediente: 11001031500020130191900. Actor: Constructora CONCRETO S.A., demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C.

- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero Ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, Bogotá D.C. seis (6) de agosto de dos mil tres (2003), radicación número: 1453, referencia: Liquidación de contratos.

- CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, sentencia del 15 de octubre de 1999, radicación número: 11001-03-26-000-2000-10929-01, actor: SOCIEDAD BUSTAMANTE CARDENAS LTDA. y demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO.

- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, exp. 1996-04029 (14.578).

- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Sentencia del 26 de enero de 2006, Consejero Ponente: DARIO QUIÑÓNES PINILLA. Expediente: 15001-23-31-000-2003-02985-02 (3761). Actor Gabriel Hernando Aranguren Díaz, demandado: Alcalde de Santa Rosa de Viterbo.

- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia del 1° de diciembre de 2008, Consejera Ponente: MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR. Expediente: 850012331000 0423 01(15603). Actor Estudios y Construcciones Eléctricas-ECELEC LTDA, demandado: Departamento de Casanare.

- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 29 de agosto de 2007, radicación número: 25000 23 26 000 9854 01 (14854), actor: HERNÁN DUARTE ESGUERRA, y demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU.

- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA, Consejera Ponente: Miryam Guerrero De Escobar, sentencia del 22 de abril de 2009, radicación número: 190012331000199409004-01(14667), actor: SEGUROS GENERALES AURORA S.A., y demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA.

- CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, sentencia del 23 de junio de 2010, radicación número: 25000-23-26-000-1994-00492-01(18294), actor: DELIVERY PUBLICIDAD LTDA. (Hoyos y Holguín Ltda.) y demandado: ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL -ADPOSTAL-.

- CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, sentencia del 6 de abril de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1994-00404-01(14823), actor: SOCIEDAD CONSTRUCCIONES SIGMA LIMITADA y demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO.

- CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia del 31 de agosto de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), actor: PAVICON LTDA. y demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.

- CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourt, sentencia del 29 de febrero de 2012, radicación número: 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371), actor: SOCIEDAD LARIOS ASOCIADOS LTDA. y demandado: INPEC.

- CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourt, sentencia del 27 de junio de 2012, radicación número: 250002326000199901420 01, actor: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE

FIANZAS-LA CONFIANZA y demandado: BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA.

- CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 19 de noviembre de 2012, radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897), actor: MANUEL RICARDO PÉREZ POSADA y demandado: MUNICIPIO DE MELGAR.

- CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 27 de marzo de 2014, radicación número: 41001-23-31-000-1996-08864-01(24845), actor: CONSORCIO IVAN JAVIER PUENTES - JOSE MAURICIO ANDRADE MONJE y demandado: EMPRESA DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA DE NEIVA.

- SENTENCIA - CE SIII, EXPEDIENTE NO. 29741 DE 2014 BBVA Seguros Ganadero Compañía de seguros S.A.- BBVA seguros S.A. vs Instituto Nacional de Vías – INVIAS.

- CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, sentencia del 29 de julio de 2015, radicación número: 68001-23-31-000-2002-02796-01 (41008), actor: COMPAÑIA DE TRABAJOS URBANOS S.A. y demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS.

- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

GAMBOA, Bogotá D.C. seis (6) de mayo de dos mil quince (2015). Radicación número: 660012331000200300076 01 (33.425).

- CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, sentencia del 11 de diciembre de 2015, radicación número: 25000-23-26-000-1997-12130-01(24636), actor: RAMIRO CRUZ VERGARA y demandado: BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA.

- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera Ponente: MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Sentencia del 23 de noviembre de 2016, Expediente 25000-23 -26-000-2012 -00233-01 (52161)

- CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia del 27 de enero de 2016, radicación número: 25000-23-26-000-2002-01573-01(38449), actor: JAIMES INGENIEROS S.A. Y OTRA y demandado: EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES.

- CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 1 de septiembre de 2016, radicación número: 73001-23-33-000-2013-00436-01(1777-14), actor: ENRIQUE BAHAMÓN BAHAMÓN y demandado: NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

13.3. Normativas

- CÓDIGO CIVIL.
- CÓDIGO DE COMERCIO.
- LEY 80 DE 1993.
- LEY 1150 DE 2007.
- DECRETO 222 DE 1983.
- DECRETO 2474 DE 2008
- DECRETO 4170 DE 2011
- DECRETO 1082 DE 2015
- CIRCULAR EXTERNA No. 20194000000025 - TARIFAS PARA LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA VIGENCIA DE 2019 – SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA.
- CARTA CIRCULAR No. 82 del 27 de diciembre de 2018 - Tarifa anual del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) para 2019 – SUPERINTENDENCIA FINANCIERA.
- GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS DEL SECTOR (G-EES-02) – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE
- MANUAL PARA LA IDENTIFICACIÓN Y COBERTURA DEL RIESGO EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN (M-ICR-01) – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE