



**DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL DE OBRA EN LA FASE
LIQUIDATORIA, DESARROLLO A PARTIR DEL ESTATUTO GENERAL DE LA
CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA (EGCAP)**

Jorge Andrés Betancur Cifuentes

Artículo de revisión para optar al título de Abogado

Tutor

Juan Camilo Herrera Diaz

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Derecho
Medellín, Antioquia, Colombia
2022

Cita	(Betancur Cifuentes, 2022)
Referencia	Betancur Cifuentes, J. (2022). <i>Desequilibrio económico del contrato estatal de obra en la fase liquidataria, desarrollo a partir del estatuto general de la contratación de la administración pública (EGCAP)</i> [Trabajo de grado profesional]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano/Director: Luquegi Gil Neira.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL DE OBRA EN LA FASE LIQUIDATORIA, DESARROLLO A PARTIR DEL ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA (EGCAP)

Jorge Andrés Betancur Cifuentes¹

RESUMEN

El equilibrio económico del contrato garantiza la justa equivalencia económica convenida como contraprestación de los servicios prestados en desarrollo del objeto contractual del contrato estatal de obra. Cuando la ecuación económica que desarrolla dicho principio se rompe, las partes del contrato se exponen indiferentemente a perjuicios y controversias, la doctrina y la jurisprudencia ha sido dubitativa y relativamente pobre en establecer si dicha desequilibrio solo puede darse durante la fase contractual, o también puede considerarse durante la fase liquidataria del contrato, atendiendo especialmente a algunos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales de las implicaciones del incumplimiento contractual y la responsabilidad contractual como conceptos conexos. Así las cosas, se revisa la posibilidad que se pueda configurar un desequilibrio económico en la fase liquidataria del contrato estatal de obra como resultado del ejercicio de la potestad variandi de la administración.

Palabras claves. Contrato estatal de obra, equilibrio económico, liquidación, responsabilidad contractual, incumplimiento.

¹ Estudiante de la profundización en análisis económico de los contratos. Estudiante de derecho de la Universidad de Antioquia, año 2021. Correo electrónico: jorgea.betancur@udea.edu.co

INTRODUCCION:

Los últimos años del siglo XIX significaron un profundo cambio en los conceptos tradicionales de la contratación estatal. La ley 80 de 1993, pilar básico de la actividad contractual del Estado, fue expedida con la entrada del siglo XXI y aunque significó la pauta en la materia en comento, se hacía palpable su incompreensión en los cambios que el siglo atrás advertía, principalmente en el proyecto de expansión de una economía transnacional que estaba por derrumbar los muros de las economías tradicionales y la admisión de la iniciativa por parte de los países en progreso. Poco a poco el fenómeno de la globalización anunciaba, a grandes pasos, su ambiciosa entrada en las economías de mercado. Los doctrinantes coinciden en que la naturaleza funcional de la globalización implica abandonar los conceptos a través de los cuales se ejecutaban actividades estatales, fundado en un modelo de Estado Social de Derecho, puesto que, en su lugar, es imperativo implementar técnicas de apertura y simplificación de procesos, como sucede, por ejemplo, en materia de contratación estatal.

En esa línea de pensamiento, se puede decir, hoy por hoy, que a partir de los postulados que orientan y justifican la existencia y fines del Estado Social de Derecho encaminados a garantizar el bienestar general a través de los mecanismos de actividad administrativa como lo son los hechos y operaciones administrativas (entre otros), descritos en el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y expresados en la contratación pública, han representado una herramienta y modalidad para el cumplimiento de tales enunciados. En efecto, el cambio de la relación vertical a horizontal ha reconocido la participación de los asociados en el proceso de satisfacción de las necesidades individuales y colectivas; a su paso, ha reconstruido una perspectiva democrática de los Estados gracias a la consagración de normas que propenden a la colaboración de los particulares en la ejecución de los planes de desarrollo del Estado.

Ahora bien, el presente trabajo versa sobre las formas en las que el desequilibrio económico pudiera presentarse en la fase de liquidación del contrato estatal de obra como resultado de múltiples aspectos que se consideran en dicha fase y que de alguna manera pueden incidir en la ecuación económica del contrato y en la economía tanto del contratista como de la administración.

La liquidación del contrato estatal es un estadio del mismo en la que se supondría no resultarían modificaciones o alteraciones al presupuesto previsto y ejecutado, sin embargo, son

múltiples las ocasiones en las que, debido a factores internos y externos a las partes y al a contrato mismo se presenta un desbalance económico que puede no ser advertido y que sugiere consecuencias nocivas para ambas partes contractuales.

Para lograr reconocer la afectación propuesta resulta necesario identificar algunos tópicos relevantes en la contratación estatal y reconocer las causas que pudieran afectar la economía del contrato en la fase de liquidación, lo anterior con la finalidad de advertir de que manera estas mismas desbalancean la ecuación financiera.

El interés por centrar el trabajo en esta temática radica en mostrar como una figura propia de la contratación estatal, como lo es, el desequilibrio económico, puede presentarse en una fase en la que generalmente no se considera posible, lo cual la ubica en un campo relativamente poco considerado pero que sin embargo resulta de gran importancia a nivel práctico y conceptual.

En el marco de la contratación estatal, el trabajo se desarrolla en primera medida, considerando el concepto de liquidación del contrato estatal, posteriormente nos ubicaremos en el concepto de contrato de obra, siguiendo con la ilustración del concepto de equilibrio económico del contrato estatal para finalmente distinguir las formas como se afecta el equilibrio del contrato estatal de obra en la fase de liquidación.

En esta medida, los anteriores desarrollos teóricos se realizarán mediante el reconocimiento normativo, tomado como base el estatuto general de la contratación pública (EGCAP) a partir de la ley 80 de 1993; jurisprudencial, a partir de sentencias, en especial de la sección tercera del Consejo de Estado y doctrinal, considerando a autores como Juan Carlos Esposito, Aida Patricia Hernández, Luis Guillermo Dávila Vinueza, Ernesto Matallana entre otros, para finalmente, a partir de un análisis cualitativo contenido en un artículo exploratorio desarrollar el planteamiento propuesto.

1. EL CONTRATO ESTATAL

El contrato estatal, es considerado una especie del género contrato, este último en el derecho civil y comercial, concebido como un acuerdo de voluntades para generar efectos jurídicos o como un acto bilateral que crea, modifica o extingue relaciones jurídicas. En el evento de la consideración que se expone del contrato como acuerdo de voluntades, esta ha sido la idea inspiradora del código civil, sin embargo, esta concepción no debe aplicarse en un sentido absoluto.

La Ley 80 de 1993, principal norma rectora de la actividad contractual del estado, luego de la expedición de la constitución de 1991, prescribe al respecto en su art. 32 que, “*son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones previstos en ese mismo estatuto, en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad*” mientras que en la exposición de motivos de esta misma ley se refiere como particularidad del contrato estatal la aplicación de cláusulas o estipulaciones excepcionales al derecho común y posteriormente la ley 1150 de 2007 matricula como una de las características relevantes de la consideración de contrato estatal la existencia de recursos públicos, artículo 1.

Para el Consejo de Estado, según sentencia del 20 de Agosto de 1998, (...) *es posible reconocer dos grandes categorías de actos contractuales de la administración:*

- i. *Contratos estatales, propiamente dichos..*
- ii. *Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio.*

A nivel doctrinal, para Juan Angel Palacio Hincapié, “*el contrato estatal, corresponde a todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades públicas estatales, actos que por lo demás quedarán bajo un régimen promiscuo de normas legales: de derecho público, comercial y civil*” (Palacio, 2003) para Juan Carlos Cassagne “*en el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la administración procura por la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero).*”(Cassagne, 2002) para Miguel Marienhoff, “*los contratos que celebra la administración posee carácter administrativos en virtud de dos criterios principales: a) por razón de su objeto y b) aun cuando no fueren administrativos por su objeto, cuando contengan cláusulas exorbitantes expresas del derecho privado*”(Marienhoff, 1994) concepción, básicamente de naturaleza finalista. En los autores anteriores, se puede notar tanto un criterio orgánico basado en la calidad de sujetos que interviene en la relación contractual, como una definición finalista basada en el objeto o finalidad del contrato para que sea considerado contrato estatal, sin embargo, tales criterios podrían considerarse no excluyentes en el objetivo de lograr una definición integral de lo que la doctrina considera que se constituye el concepto de contrato estatal.

La corriente finalista, diferencia el contrato estatal del contrato privado, apoyado en la distinción o relación causa-fin, (finalidad u objeto) que considera el objetivo a cumplir del mismo

radicado en el interés común y a partir del cual pudiera surgir entonces las potestades exorbitantes o excepcionales de la administración como parte del contrato, característica, que como ya se advirtió, es otro aparte diferenciador del contrato estatal. Tanto la teoría orgánica como la teoría finalista ha tenido sus detractores y sus defensores, por lo que tal desarrollo no ha sido pacífico a pesar de haber llegado en algunos escenarios a la conciliación, el problema radica, en que, si bien las teorías no se contraponen, siguen siendo insuficientes para algunos estudiosos del derecho administrativo que optan por teorías poco más sustanciales.

Para Jaime Orlando Santofimio Botero, por ejemplo, en un concepto poco más ajustado a los fines que se pretende mediante este escrito, *contrato del Estado o estatal, es todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad, en aras del interés público o general, en el cual una de las partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley o cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y en razón del cual se generan, de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsiva, obligaciones por regla general recíprocas, de dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o extinguiendo entre ellas relaciones jurídicas patrimoniales individuales no generales, debidamente planificadas, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar (Santofimio, 2008)*

A nivel general, en nuestro país, tanto la tesis orgánica, como la tesis finalista son aceptadas y es así como en la actualidad el contrato estatal, a partir de la ley 80, es aquel en el cual al menos uno de los sujetos contractuales es una entidad estatal, entendida, esta última, como las que define la propia ley 80 en el artículo 2 y a las cuales le corresponde como juez natural en el ejercicio jurisdiccional, el juez contencioso administrativo, diferente de los contratos privados cuyo juez natural es el ordinario (civil, laboral, familia). Igualmente, el objeto final o finalidad del contrato que supone el interés general o la realización de un servicio público, es un rasgo propio del contrato de la administración contenido expresamente en el artículo 3 de la ley 80 de 1993 y su realización demanda de unas potestades exorbitante o poderes excepcionales que no se encuentra en las relaciones entre particulares y que se consignan en el artículo 14 y subsiguientes de la misma ley 80 de 1993.

En general el contrato estatal se basa en los elementos que define la ley civil para la determinación de la existencia de un negocio jurídico bilateral generador de obligaciones. La capacidad de las partes, el consentimiento exento de cualquier vicio de la voluntad, la conmutatividad en las obligaciones, la causa y objeto lícitos entre otros; su definición abarca las mismas categorías que define el código civil colombiano en principio, así:

- **Bilateral:**

En los contratos estatales las partes involucradas en el mismo tienen obligaciones mutuas o recíprocas, una parte de la relación contractual se obliga correspondientemente para con la otra a dar, hacer o no hacer una acción en la misma oportunidad que la otra parte se obliga a pagar un precio o a responder igualmente dando, haciendo o dejando de hacer una actividad.

- **Oneroso:**

Según el artículo 1498 del código civil, el contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro, en este sentido mediante el contrato estatal a la vez que la administración busca la obtención de un bien, la satisfacción de una necesidad o prestación de un servicio, a su vez la contraparte que puede igualmente ser otra entidad estatal o un particular busca una retribución o beneficio.

- **Conmutativo y sinalagmático:**

A partir del artículo 1498 del código civil en el cual se consigna que es conmutativo aquel contrato en el que cada una de las partes se obliga a dar, hacer o no hacer una cosa o acción que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar, hacer o no hacer a su vez, el contrato estatal entonces es conmutativo en la medida que las partes presentes en el mismo esperan una prestaciones recíprocas, este concepto revierte mayor importancia en lo que nos concierne, debido a que a partir de este concepto se edifica, por regla general, no solo la teoría del equilibrio económico al momento de proponer o contratar, sino también su concepción negativa, la de la ruptura o quiebre de esa relación objetiva balanceada con ocasión de actos y hechos de la administración contratante, del contratista, por actos de la administración como Estado, y por factores exógenos a las partes del negocio jurídico, teoría ostensiblemente diferente de la del simple derecho privado.

Si bien las anteriores características son comunes en su concepción general a los contratos privados o civiles es a partir de la evolución del derecho administrativo y del desarrollo normativo

particular en materia de contratación pública, que se han venido considerando algunos otros elementos diferenciadores que han tenido desarrollo, tanto doctrinal como jurisprudencial, entre ellos:

- **Solemnidad del contrato estatal:**

Conforme a los lineamientos de los artículos 39 y 41 de la ley 80 de 1993, el contrato estatal para que se perfeccione debe constar por escrito y no deberá ser elevado a escritura pública salvo en aquellos eventos en los que el convenio celebrado tenga por objeto la mutación del dominio o la imposición de gravámenes o servidumbres sobre un bien inmueble o que se trate de aquellos casos frente a los cuales la ley exige esta condición. De tal forma, una vez se llegue a un acuerdo sobre objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito, se entenderá perfeccionado el mismo, es decir que el contrato estatal demanda la formalidad de la constancia por escrito y no basta, sino excepcionalmente, con el mero acuerdo de voluntades lo que lo ubica en un plano formalista a diferencia de los contratos civiles donde prima la libertad de forma.

- **Existencia de cláusulas exorbitantes o potestades excepcionales:**

Además de considerarse como un criterio para la distinción del contrato estatal, las cláusulas exorbitantes contenidas específicamente a partir del artículo 14 de la ley 80 de 1993 y menos aceptado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en varios otros artículos del mismo compilado normativo son potestades excepcionales o extraordinarias no contenidas en los contratos de derecho privado, las cuales otorgan a la administración un poder unilateral o una ventaja considerable frente a la otra parte del contrato en procura de garantizar el bien general y mediante el cual la igualdad contractual propia de la concepción originaria o de ley civil se ve lesionada, pero que sin embargo su utilidad se justifica en la necesidad del estado de realizar los principios propios de la contratación pública y evitar la eventual preponderancia del bien particular por sobre el interés general.

La caducidad, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral, la reversión, las multas, la declaratoria de incumplimiento, la cláusula penal pecuniaria o la liquidación unilateral son algunas de las potestades excepcionales que la ley otorga a la administración y mediante las cuales, esta última se ubica en un plano de superioridad frente al contratista y propende por la protección del interés público, sin embargo su materialización no

ostenta una discrecionalidad absoluta sino que exige una expedición motivada del acto y justificación del hecho.

Si bien los contratos estatales no podrían solo limitarse a los que a ley determinan como tales, en la eventualidad que como sucede en el derecho privado o en el contexto del derecho civil podrán existir acuerdo de voluntades en el marco del derecho público y de la contratación que ahora nos convoca, que pudiera no estar clasificados en uno de los tipos de contrato que define el estatuto general de la contratación y el código civil pero que sin embargo en el desarrollo de la actividad contractual de la administración resulta necesario considerar. Es así como podríamos hablar de contratos típicos y de contratos atípicos de la administración.

Los contratos típicos en principio son todos aquellos que cuentan con una definición sustancial en las leyes, sin importar la extensión de tal definición, pero teniendo en cuenta que su consignación en la normatividad no debe remitirse a un mero pronunciamiento incidental o comentario de referencia. En general y en los que nos atañe, son considerados contratos típicos de la administración pública aquellos que refiere el artículo 32 de la ley 80 de 1993 y los que trae consigo el código civil, entre los primeros básicamente se distinguen:

-El contrato de obra: contrato por excelencia de la administración pública, y el cual desarrollaremos a mayor profundidad, más adelante, según el referido artículo de la ley 80 de 1993, *son los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.* (art 32 L 80 de 1993)

-Contrato de consultoría: a partir de la ley 80, el mismo se entiende como *los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos* (art 32 L 80 de 1993)

-Contrato de prestación de servicios: solamente remitiéndonos al desarrollo normativo, dado que el mismo tiene un desarrollo jurisprudencial bastante considerable, este tipo de contratos,

se definen como *los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados* (art 32 L 80 de 1993).

-Contrato de concesión: son los que define la ley como *los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.* (art 32 L 80 de 1993)

-Encargo fiduciarios y fiducia pública: en general no muy utilizado y por ende poco desarrollado, la ley lo refiere como *los que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria y que tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren* (art 32 L 80 de 1993)

Las sucintas definiciones anteriores, sin embargo, no son limitantes del concepto de contrato típico de la administración, dado que las categorías contractuales que desarrolla el código civil colombiano igualmente son consideradas, dentro del marco de la contratación pública, como típicos por su desarrollo normativo, en este evento son de considerar típicos, contrato como el de compraventa, el depósito, el mandato entre otros.

Seguidamente y como se menciona párrafos atrás, la anterior tipología de contratos, son los que define específicamente la ley en materia de contratación estatal como típicos, sin embargo, existe otra categoría de contratos, que, si bien no son definidos normativamente, son de utilidad para la administración pública y su desarrollo tiene mayor fundamentación en otros referentes normativos, en la doctrina o en la jurisprudencia.

Los contratos atípicos son aquellos que no tienen una definición o base normativa clara, pero que sin embargo su estructura obedece a la definición de contrato en general que hemos venido desarrollando y en el evento particular de contrato estatal, en esta categoría de contratos, sin perjuicio de que puede constituir cualquier acuerdo de voluntades en los que participe la administración pública, aunque no esté normativamente definida, consideramos algunos ejemplos como:

- -Contratos de Outsourcing.
- Contratos de mantenimiento informático.
- Contratos de Gerencia.
- Administración delegada.
- Contrato Leasing

2. EL ESTATAL CONTRATO DE OBRA

En virtud del artículo 32 de la ley 80 de 1993 se define el contrato de obra así, (...) “*Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago*”

En general y a partir de la teoría de los contratos civiles, el contrato de obra tiene como características principales las siguientes: ser consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, principal y de tracto sucesivo; igualmente, el contrato de obra se entiende perfeccionado, como cualquier otro contrato estatal y de acuerdo a lo consignado en el artículo 41 de la ley 80 de 1993, con el acuerdo de las partes en la obra a ejecutar y el precio.

El contrato de obra, se caracteriza además por la presencia del estado en uno de sus extremos, porque el objeto de intervención son bienes inmuebles y el resultado del mismo o la finalidad que se busca a través de este, resulta siendo un producto tangible, en general son actividades materiales que se desarrollan, según el legislador colombiano, sobre bienes inmuebles. Para el Consejo de Estado el legislador acogió, en la ley 80 el concepto restrictivo en cuanto a la definición de contrato de obra, el cual se diferencia del concepto más amplio, también reconocido en la doctrina comparada, del "trabajo público", pues lo limitó a un trabajo material sobre bienes

inmuebles. (sala de consulta y servicio civil, 5 de Septiembre de 2018. Rad. 2386 C.P Edgar Gonzales López)

Para Matallana (2009) el contrato de obra pública es aquel “que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”

Para Solano (2010) el contrato de obra se caracteriza porque:

- a.** La actividad material se realiza únicamente sobre bienes inmuebles. Se mantiene el concepto de inmueble, tanto por naturaleza, destinación o incorporación.
- b.** La selección del contratista se hará mediante licitación pública, y excepcionalmente por selección abreviada, o por contratación directa con ocasión de la declaratoria de urgencia manifiesta.
- c.** Se requiere del registro presupuestal para su celebración.
- d.** Se pactan cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común.
- e.** La naturaleza contractual del vínculo es bilateral, sinalagmático, oneroso, sustancialmente conmutativo.
- f.** La ejecución del contrato es de tracto sucesivo, periódica, y no de ejecución instantánea

En cuanto a ejecución del contrato de obra , de acuerdo a la complejidad del mismo, puede dividirse en varias actividades individualmente consideradas que al ejecutarse coincidirán en un objetivo mayor o final o en una sola actividad global, así por ejemplo cuando el objeto contractual se trata de la construcción de un edificio, este objetivo final habrá de desarrollarse mediante la ejecución de varias actividades constructivas como lo son: excavaciones, construcción de cimientos, obra negra, mampostería, instalaciones eléctricas, hidrosanitarias, instalación de puertas, ventanas etc, todas estas actividades individualmente ejecutadas arrojarán finalmente un resultado final cual es el edificio construido según las especificaciones contratadas, ahora, si el objeto contractual comprende la pintada de la fachada de un edificio público, la única actividad a considerar será la de pintura del mismo

A partir de tal nivel de complejidad y al empezar a considerarse cada uno de los costos que dichas actividades individualizadas sugieren, se empieza entonces a considerar los costos que genera dichos contratos y por ende su forma de pago, las exigencias de personal calificado para llevarlas a cabo y la necesidad de supervisión o interventoría de las misma.

De tal forma, en el contrato de obra, el contratista y la entidad contratante, deben considerar además de la concreción del trabajo final, la ejecución técnica y la supervisión del mismo, los materiales y elementos necesarios para su desarrollo y en este sentido y considerando el precio como una de las características esenciales de este tipo de contratos, resulta necesario fijar una forma de pago del mismo que se adecue tanto a las expectativas del contratista como a las necesidades de la administración y a las particularidades del contrato mismo, pues resulta de vital importancia, al igual que lograr el objetivo final buscado con la celebración del contrato, la justa retribución de la actividad del contratista como colaborador de la administración, es así entonces, como desde el decreto 222 de 1983 se introdujeron varias modalidades de remuneración para el contrato, que si bien la ley 80 de 1993 no retoma, se siguen considerando. aunque de forma más flexible como parte del acuerdo de voluntades entre el contratista y contratante. Las más reconocidas de las modalidades de pago del contrato de obra son:

- 1. Precio Global:** son aquellos en los que el contratista a cambio de las prestaciones a las que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija o global que considera todos los gastos y honorarios en los que pueda incurrir con la ejecución de la obra, en el precio global se incluyen, de una vez los costos directos e indirectos que pueda tener el contratista en la realización de las actividades de obra, sin derecho, por lo menos en principio de ajuste a modificación del mismo, ni reconocimiento de obras adicionales no previstas que pudiera realizar, pero tampoco consideraría la devolución de dineros por mayores utilidades del contratista, es decir que tampoco habría lugar de parte de la entidad contratante a solicitar devolución de dineros por menores costos.
- 2. Precios unitarios:** *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 obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro del límite que el mismo convenio fije.* (Vinueza, 2016 p 843) la remuneración por precios unitarios considera actividades individualizadas y costos de la misma forma singular, pues dada la complejidad de la actividad a desarrollar y los múltiples imprevistos que la misma previene, en ocasiones no es posible establecer con exactitud un valor total o fijo, sino que se tiene como referencia el valor de cada actividad y sus materiales. Si bien

la ejecución, el abastecimiento de materiales y el pago de honorarios y prestaciones entre otros queda en cabeza del contratista, el pago por unidad permite considerar mayores variables y un reconocimiento, igualmente en principio, de actividades adicionales no contempladas inicialmente, por su imprevisibilidad. “en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida” (C.E. Sección tercera, no. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), 2017)

En este tipo de remuneración o de pago la liquidación del contrato toma mayor relevancia, pues se trata de establecer finalmente el precio real del contrato a partir, como ya se dijo, de multiplicar el precio unitario por las cantidades efectivamente ejecutadas, teniendo en cuenta mayores cantidades que puede dar pie a adiciones o menores cantidades que pueden generar devoluciones de saldos a favor del contratante, igualmente al considerar variables individuales, dicha forma de pago podría considerar mayor riesgo de fenómenos generadores de desequilibrio económico financiero del contrato en el supuesto de que cada actividad de obra implicará un riesgo particular que sumado expondría en mayor medida el contrato a desbalance de la ecuación económico financiera de acuerdo estatal.

Finalmente es de tener en cuenta que el valor convenido en el contrato de obra a precios unitarios es tan solo un valor estimado para fines fiscales y de establecimiento de garantías, pues el valor final del contrato apenas se logrará determinar al finalizar el ejercicio contractual. Lo anterior tiene relevancia, en la medida que como no se sabe a ciencia cierta el valor final del contrato, no es posible determinar con exactitud a cuánto ascendería el 50% del mismo en una eventual aplicación del artículo 40 de la ley 80 de 1993, igualmente y siguiendo a Dávila Vinueza, que como el objeto final debe ser ejecutado completamente para determinar el valor final del contrato, *si antes de su realización integral se agotan los recursos inicialmente estimados, lo que compete a la entidad estatal es obtener los dineros que se requieran para terminar la obra a manera de una obligación presupuestaria interna sin que se necesite la suscripción de ningún contrato adicional.* (Vinueza, 2016 p 846)

El pago por precios unitarios es, en general, la modalidad de pago mayormente utilizada en la actualidad para los contratos de obra, pues además de garantizar una justa remuneración de la actividad contratada, permite una mejor planeación y gestión precontractual, más ajustada a la

realidad, una mejor evaluación de proyectos, con precios reales, un mayor control de la realidad de la ejecución contractual sujeta a múltiples variables y una mejor ejecución de los recursos públicos.

- 3. Administración delegada:** Son aquellos en los que el contratista por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio. (Vinueza, 2016 p 844) en esta modalidad de pago, el contratista solo actúa como administrador de la obra, pero las obligaciones estarían a cargo de la administración, es decir que el contratista actúa como delegado o representante de la administración, a cambio de unos honorarios y la administración, además de considerar los costos de ejecución de la obra debe tener en cuenta los honorarios de administración del contratista. Los contratos por administración delegada implican una responsabilidad de parte del contratista, que sugiere la administración de los recursos públicos pero la responsabilidad de ejecución y del cumplimiento de las obligaciones constructivas continúan en cabeza de la entidad.

- 4. Reembolso de gastos:** son aquellos contratos en los que el contratista por cuenta propia ejecuta las actividades de obra y cumple con las obligaciones a las que se compromete y posteriormente según lo acordado entre las partes, la administración le va reintegrando los gastos incurridos.

3. LA LIQUIDACION DEL CONTRATO DE OBRA.

Como lo expresa Benavides- Santofimio (citado por Salcedo, 2015) “La liquidación se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, según el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes a favor o en contra de cada uno”

La liquidación del contrato es un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, así como respecto a las vicisitudes presentadas durante su desarrollo. Es un acto que, por ende, aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico. El proceso liquidatorio culmina con un acto administrativo, por lo que implica un proceso a conciencia de

discusión y análisis entre las partes con la finalidad de declararse a paz y salvo o de exponer sus objeciones surgidas en la ejecución contractual.

En virtud del artículo 60 de la ley 80 de 1993 modificado por el artículo 217 del decreto ley 19 de 2012 en la liquidación se pueden incluir acuerdos y transacciones a los que hayan llegado las partes para poner fin a sus controversias.

La liquidación resulta obligatoria para todos los contratos de tracto sucesivo, con excepción de los contratos de prestación de servicio y de apoyo a la gestión en los que en los términos del artículo 217 del decreto ley 19 de 2012 no resulta obligatoria.

La liquidación del contrato de obra pública se puede realizar de diversas maneras así:

Liquidación bilateral: Definido como un acuerdo de voluntades en el cual las partes, contratante y contratista, de común acuerdo, definen las prestaciones, derechos y obligaciones que aún subsistan y con esto desarrollan un balance final de ajustes de cuentas con el fin de extinguir cualquier relación jurídica existente en ocasión al contrato estatal (Sosa, 2019) La liquidación bilateral resulta la más idónea en el entendido de que las partes a partir de esta puedan rendir voluntaria y espontáneamente sus cuentas y puedan determinar de forma pacífica el estado final del contrato, teniendo además la posibilidad de incluir a discreción, en el documento liquidatorio, las salvedades y desacuerdos que consideren necesarias como requisito posterior para legitimar un potencial acceso a la justicia contencioso-administrativa en busca de la reivindicación de derechos insatisfechos.

Liquidación Unilateral: Cuando no puede hacerse la liquidación bilateral por las partes, ya sea porque el contratista no se presenta o porque no pudo llegarse a un acuerdo sobre el contenido de la misma entre las partes, se puede proceder a efectuar la liquidación unilateral y directa como medio sustitutivo de aquella. Esa Liquidación Unilateral debe hacerse por acto administrativo motivado. Tal acto es susceptible del Recurso de Reposición y, desde luego sometido al control de legalidad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que es la llamada a calificar si el mismo, se sujeta al orden jurídico y si ha existido el respeto por las garantías y los derechos de los administrados. (Laudo Arbitral, Tribunal de Arbitramento, Concesiones de Infraestructuras S.A. Cisa contra Departamento del Valle del Cauca, Cali, abril 24 de 2003, p. 68).

La liquidación Unilateral es una potestad exorbitante de la administración y en este sentido podría generar al hacerse efectiva mayores cargas al contratista en detrimento de la conmutatividad del contrato y de la realización del equilibrio económico financiero del mismo, pues dado que no se cuenta con la concurrencia del contratista, el acto administrativo suscrito podría adolecer de incumplimiento de obligaciones por parte de la entidad o del desconocimiento del cumplimiento de otras a cargo del contratista, con lo cual se viciaría dicho acuerdo de prerrogativas que afectarían la relación que se pretende extinguir.

Liquidación judicial: Sugiere la liquidación judicial del contrato a través de la Acción de controversias contractuales cuando la liquidación no se haya logrado de mutuo acuerdo y la Entidad Estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley o por las partes en el contrato. En ese orden de ideas, corresponde al juez llevarla a cabo siempre y cuando (i) no se haya producido una liquidación previa bilateral o unilateral o; (ii) respecto de puntos no liquidados (C. E. Sección tercera No 05001-23-31-000-2006-03138-01 (48522), 2020)

“La liquidación del contrato estatal es el acto jurídico idóneo para hacer un balance final de su ejecución, declararse a paz y salvo y terminar el vínculo contractual preexistente” (Mariño, 2020).

En lo que no convoca en este análisis, procede determinar si la fase liquidataria, resulta siendo una fase contractual, como lo sostienen algunos doctrinantes, en el entendido que aún persisten obligaciones mutuas que no se extinguen y que pudieran dar pie para considerar que la relación contractual aún persiste o si aun sobreviven nociones que dan fe de la relación contractual o si por el contrario una vez se entra en la fase liquidataria el contrato ya ha terminado y se entra en una etapa postcontractual lata, en este sentido el profesor Cristian Díaz manifiesta (...) A pesar de que se liquide un contrato terminado, pueden subsistir determinados efectos u obligaciones derivadas del mismo, lo que –en sentido lógico y jurídico– permite admitir la existencia de aquel, pues, de lo contrario, no habría una fuente para que se mantuvieran en pie dichas obligaciones (Díaz, 2013), (...) “La regla general es que el contrato permanezca vigente cuando se encuentre pendiente el cumplimiento de obligaciones a cargo de las partes, así se haya colocado en etapa de liquidación”. (Díaz, 2013)

En general para gran parte de la doctrina e incluso, la posición actual del Consejo de Estado referente al tema es considerar que la liquidación corresponde a una etapa poscontractual, así por ejemplo para Juan Carlos Exposito Vélez la liquidación del contrato estatal “es el acto jurídico mediante el cual las partes, o unilateralmente la administración, fijan la manera en que se ejecutó el contrato y determinan qué derechos y obligaciones correspondían a los co-contratantes y qué sumas líquidas de dinero debían pagarse o cobrarse en forma recíproca, así como la manera en que se ejecutaron o la forma en que se deberán ejecutar tales prestaciones (Exposito, 2013), igualmente la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado menciona que la liquidación de los contratos estatales “corresponde al balance final o corte definitivo de cuentas de la relación contractual, cuyo propósito fundamental es el de determinar quién le debe a quién y cuánto” (C.E, Sección tercera. No 05001-23-26-000-1988-05756-01 (18606), 2010) señalando que la liquidación no se trata de una condición de exigibilidad de las obligaciones contractuales, sino un corte de cuentas entre las partes, que permite determinar el estado de las obligaciones cumplidas y no cumplidas oportunamente.

No obstante estas aseveraciones doctrinarias y jurisprudenciales, aún persisten contradicciones conceptuales que hacen pensar que tales postulados no resultan del todo pacífico incluso en la corporación misma, cuando manifiesta, por ejemplo, que el acta de liquidación final del contrato es el medio idóneo para finiquitarlo y para terminar la relación existente entre las partes por razón del contrato” (C.E. Sección tercera. No 13001-23-31-000-2001-00447-02 (28346), 2008), entendiéndose consecuentemente, que mientras no se suscriba tal acta de liquidación y mientras persista el proceso liquidatorio, aún sobrevive la relación contractual y se puede generar aún, situaciones jurídicas en virtud del contrato celebrado.

4. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL DE OBRA

El artículo 27 de la ley 80 de 1993 consigna, *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. “Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales,*

reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

El equilibrio económico del contrato es aquel que propende por que las condiciones inicialmente pactadas en el mismo se mantengan durante su existencia, y en caso de variar por causas no imputables a la parte, este se pueda restablecer, Dávila Vinueza (2016), refiriéndose a las condiciones en las que inicialmente se suscribió el contrato estatal manifiesta, *“mientras estas situaciones se mantengan inalterables durante la ejecución, las condiciones económicas se conservarán”*.

Para la Doctora Aida Patricia Hernández Silva, (2008) *“el equilibrio financiero del contrato estatal es la proporcionalidad o correspondencia existente entre las obligaciones y facultades de cada una de las partes del contrato conmutativo, que surgen a la fecha de su celebración y que está concebido para orientar las relaciones de las partes, durante toda la vigencia de un contrato de tracto sucesivo o sometido a plazo o condición”*.

Marienhoff (1970) definió el equilibrio financiero del contrato como la *“(...) la relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes y el Consejo de Estado en una de sus múltiples alusiones al concepto de equilibrio económico del contrato complementa exponiendo que el equilibrio financiero del contrato permite concebir esa institución como un derecho o facultad del cual son titulares, en igual medida, las dos partes de la relación contractual.*

En este sentido el equilibrio económico-financiero del contrato estatal se concibe con la finalidad de igualar las cargas establecidas en este último, en el cual, una de las partes es la administración y su finalidad ontológica encaminada a garantizar el bien general, implica el ejercicio de potestades excepcionales que en un momento determinado pueden modificar las condiciones iniciales del contrato o simplemente, circunstancias extrínsecas al contrato mismo pueden variar las condiciones iniciales con mayores consecuencias para el contratista que para la entidad debido a la posición privilegiada que esta última ostenta y que por lo tanto sugiere que la conservación del equilibrio económico se erija en función de contrarrestar dichas circunstancias del pacto estatal. En tal sentido, si bien, el equilibrio económico opera para ambas partes de la

ecuación, la normatividad lo inclina para el lado del contratista en pro de garantizar a partir de lo anteriormente expuesto, la igualdad que se ve afectada al reconocer las condiciones de desventaja en relación con la presencia del estado, en la que se encuentra su contraparte.

El mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato implica que, una vez se presenten situaciones que la afecten y generen un desbalance de la misma por causas no atribuibles a las partes, tal equilibrio deba ser restablecido garantizando la igualdad de condiciones, por lo menos teórica, de las partes.

No obstante lo anterior, es de considerar que para que el equilibrio económico del contrato sea restablecido, su afectación debe obedecer además, a causas no atribuibles a las partes, a lo que la doctrina ha llamado aleas anormales, extraordinarias y excepcionales, es decir que ese restablecimiento no obedece a circunstancias previsiblemente riesgosas a las que se sujeta cualquier contrato y de las cuales es conocedor tanto la administración como el contratista por estar presentes en los cálculos de ambas. Las aleas anormales, extraordinarias y excepcionales se refieren a *“circunstancias de tal gravedad que modifique ostensiblemente la economía del contrato”* (Vinueza, 2016 p 844) por lo que modificaciones menores y sin trascendencia no serían parte de este tipo de consideraciones, mucho menos aquellas que a pesar de ser imprevistas se insertan en el resorte de las partes.

En cuanto a la ruptura del equilibrio económico financiero, la ley no contempla las circunstancias en las que se puede generar su ruptura, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado causales atribuibles tanto a hechos del hombre como de la naturaleza, entre estos últimos, algunos preexistentes a la celebración de contrato o posteriores a él, o en actos de autoridad o hechos económicos ajenos al contrato (Vinueza, 2016 p 844). Esta clasificación, además de los fines pedagógicos, en algún momento sirvió como referente para determinar la medida de restablecimiento o reparación del equilibrio económico, sin embargo, hoy día solo sirve como elemento de ilustración dado que el equilibrio económico en general, cuando se ve afectado, debe ser restablecido hasta un punto de no pérdida para el contratista indiferentemente de su causal. (núm. 1 art 5 L 80 de 1993).

Así las cosas, los fenómenos que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato doctrinalmente considerados, son las siguientes:

Teoría de la imprevisión:

Surgida en Francia a comienzos del siglo XX considera que el fenómeno que provoca el desequilibrio resulta imprevisible para ambas partes, es decir que es de tal extraordinariedad que no puede ser previsto en la celebración de contrato y sus efectos son de tal magnitud que la economía del contrato se ve afectada indefectiblemente, *En Colombia esta teoría comprende también los eventos relativos a las sujeciones materiales imprevistas, que se particularizan cuando la dificultad sobreviviente e imprevisible deriva de fenómenos naturales, de un hecho físico propio del terreno, del clima o de la geografía.* (Hernández, 2008). De acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la teoría de la imprevisión está sujeta a que el contratista sufra un grave detrimento patrimonial considerando, especialmente para los contratos de obra a precios unitarios la determinación presupuestal inicial del A.U (administración y utilidad) en el sentido que como al inicio del contrato, se considera como situación intrínseca la suposición de imprevistos mediante un valor económico determinado que los solventa, en caso de presentarse, a partir de tal evento entran en la órbita del contratista, por lo que, los que resultaran en virtud de la teoría que se expone, deberían ser de tal magnitud que desborden el valor de los imprevistos inicialmente contemplados y generen una determinante afectación a la economía del contrato.

Algunas de las características de la teoría de la imprevisión y que la definen claramente son:

- Es una situación económica o de la naturaleza irresistible y en el caso de la primera mencionada no imputable a las partes como ya lo vimos y puede ser consecuencia de otros fenómenos tanto nacionales como internacionales y que afecta la relación contractual como una consecuencia no querida ni esperada por las partes.
- Es una situación excepcional y no ordinaria.
- Es una situación que afecta el contrato de manera transitoria.
- Es una situación que afecta la economía del contrato.
- Es una situación no provocada por las partes.
- La situación presentada agrava la ejecución del contrato, pero no imposibilita del todo su ejecución.
- La situación se presenta después de suscrito el contrato.

La teoría de la imprevisión, según variados autores no puede ser alegada por la administración dado que el daño causado por los fenómenos extraordinarios acaecidos y que afectaron la ecuación financiera del contrato surge en razón del interés público que es la razón de

ser de la actividad del estado, por lo que no habría lugar a que sea el estado mismo en virtud de su propio mandato constitucional quien demande un perjuicio, por lo tanto, es su obligación asumir los mismos.

En la teoría de la imprevisión pudieran incluirse igualmente, el caso fortuito o la fuerza mayor con la diferenciación que estas últimas, además de que pueden ser causadas por el hombre o por la naturaleza, imposibilita la ejecución del contrato y no solamente la restringen.

Ius variandi:

Esta situación nace en virtud del ejercicio de las potestades exorbitantes de la administración, y en el caso de los contratos de obra, en virtud de la inclusión obligatoria de las cláusulas exorbitantes contenidas en los artículos 15,16, 17, 18 de la ley 80 de 1993, las cuales al ser realizadas imponen cargas al contratista que le generan mayores costos económicos.

No en vano el artículo 14 de la Ley 80 ordena que: en los actos administrativos en los 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, esto corrobora que la potestad variandi de la administración genera daños que la misma debe corregir, y que tales variaciones pueden afectar el equilibrio económico del contrato

La modificación unilateral y la terminación unilateral como cláusulas exorbitantes normativamente establecidas, pueden generar costos económicos que se traducen en cargas para el contratista, traducido en un desbalance de la ecuación económico-financiera, pero no solo estas cláusulas pudieran generar un rompimiento del equilibrio económico, sino también y es donde podría radicar nuestro punto de discusión, el ejercicio de otras potestades exorbitantes que pudieran proponer nuevas cargas al contratista sin diferenciar el momento contractual.

De tal forma, la potestad variandi en virtud de las facultades exorbitantes que la ley profiere a la administración reviste su importancia según lo que nos ocupa, en la medida que a partir de estas es que pudiera generarse el desequilibrio económico en la fase liquidataria.

Hecho del príncipe

De conformidad con lo expresado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se presenta cuando se altera gravemente la ecuación económica del contrato, a consecuencia de la incidencia

refleja de un acto general y abstracto que profiere la entidad contratante, en ejercicio de sus funciones públicas.

Es de advertir que para que se presente el hecho del príncipe en el contrato, la entidad que profiere el hecho general y abstracto debe ser la misma entidad contratante, pues de lo contrario si se tratase de una entidad diferente, enmarcaríamos la situación dentro de la teoría de la imprevisión y no dentro de la teoría del hecho del príncipe, pues cuando el acto lo profiere una entidad diferente a la contratante no es previsible en la dinámica del contrato mientras que si lo profiere la misma entidad contratante esta misma pudiera haberlo previsto.

Por otro lado, el acto general y abstracto proferido por la entidad contratante debe ocasionar un daño al contratista diferente al que le ocasiona a los demás destinatarios de la medida y en ese sentido escapar del alea normal del contrato.

Para la doctora Aida patricia Hernández, (2008) *el desequilibrio económico financiero del contrato ocasionado por el hecho del príncipe, configura un evento de responsabilidad del Estado, sin falta, y genera a su cargo la obligación de reparar todos los perjuicios causados al contratista*, en el sentido que existe un daño, consistente en la alteración grave y anormal de la ecuación económica del contrato, y la imputación jurídica a la entidad, en consideración a que el daño especial lo causó un acto general y abstracto de la propia contratante. En cuanto al cuestionamiento de si la responsabilidad es contractual o extracontractual la Dra Hernández refiere que se trata de una responsabilidad contractual pues lo que se afecta es el crédito en favor del contratista surgido por la relación contractual con la misma entidad que profirió el acto general y abstracto.

En conclusión, el hecho del príncipe que afecta el equilibrio económico del contrato es a su vez un evento de responsabilidad contractual por los presupuestos que supone y que se ilustran en los postulados de la doctora Hernández.

5. EQUILIBRIO ECÓNOMICO DEL CONTRATO Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

En la doctrina y la jurisprudencia del consejo de estado la responsabilidad contractual y el equilibrio económico del contrato ha sido un tema con diversas posiciones, *en algunos momentos se ha considerado como eventos de diferente concepción y en otras ocasiones como similares, así, con ocasión de la declaratoria del incumplimiento del contrato, se ha considerado, dicho*

fenómeno, dentro del terreno de la responsabilidad contractual, por tratarse de la inobservancia de las obligaciones a cargo de una de las partes que genera perjuicios a la otra como una causal generadora del desequilibrio económico, pues sus efectos redundan en una carga adicional para la parte cumplida, lo que afecta la ecuación económica del contrato inicial; en otros momentos, sin embargo, el consejo de estado ha optado por mantener la distinción para efectos de identificar el equilibrio económico y su ruptura como un fenómeno ajeno por completo a las nociones de incumplimiento y/o responsabilidad contractual. (Consejo de Estado. Sentencia 31837, 2015)

En cuanto al incumplimiento, como evento que genera desequilibrio económico del contrato estatal, la ley 80 de 1993 establece en el artículo 5, *Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato*, este artículo, en concordancia con el desarrollo doctrinario a continuación revisado, va a ser determinante en la tesis que pretendemos establecer y sobre la cual concluiremos.

Para Aida Patricia Hernández, (2008) *El incumplimiento es determinante de la responsabilidad contractual del deudor, independientemente de la forma como se produzca el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, de manera que, una vez que se demuestre aquel y se prueben los perjuicios materiales e inmateriales derivados del mismo, resulta procedente declarar la responsabilidad contractual de la entidad incumplida y disponer la reparación integral de todos los perjuicios padecidos por el contratista.*

En consecuencia, el incumplimiento genera, de igual forma, responsabilidad contractual y desequilibrio económico y al presentarse obliga al restablecimiento de la ecuación surgida al momento del contrato.

Pablo Esteban Perrino (2015) en materia de responsabilidad contractual y equilibrio económico del contrato estatal sostiene, *nos parece conveniente advertir que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado en el cual la responsabilidad en materia contractual deriva siempre de un comportamiento antijurídico que se traduce en el incumplimiento obligacional, en el derecho público y respecto del Estado su deber de responder por los perjuicios padecidos por el contratista puede suscitarse, no solo en tales casos, sino también en supuestos en los cuales su actuación no ha sido contraria a derecho e incluso frente a daños que no le son imputables materialmente (tal como acontece, por ejemplo, frente a casos de fuerza mayor en los contratos de obra pública). Ello encuentra su fundamento en un principio propio de la contratación pública, como es el del mantenimiento de la ecuación económica financiera.* En este sentido y considerando

que la declaratoria de incumplimiento se deriva de un comportamiento jurídico, es decir permitido por la ley, pero, sin embargo, genera perjuicios a la parte cumplida, la declaratoria de incumplimiento del contrato es un evento que genera desequilibrio económico del contrato estatal.

6. DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL

El Consejo de Estado, en sentencia del 25 de mayo de 2011 se pronunció de la siguiente forma “*En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste. (C.E. Sección tercera, No. 05001-23-31-000-1994-00216-01(18017), 2011)*”, posteriormente, la misma corporación expresó respecto de la declaratoria del incumplimiento que la administración, *no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria (C.E. Sección tercera, No. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697), 2013)*

En resumidas cuentas, la declaratoria de incumplimiento del contrato como un evento de responsabilidad contractual que afecta el equilibrio económico del contrato puede realizarse incluso una vez vencido el plazo de ejecución contractual y durante la liquidación del mismo.

CONCLUSIÓN:

La idea de incorporar el principio de planeación como expresión del principio de economía y un deber fundado en la concepción del principio de legalidad en materia de contratación estatal proviene de la necesidad de otorgar certeza, seguridad y garantía a toda clase de contratos, particularmente a los contratos de obra pública, dada su trascendencia económica y social. A su paso, es producto de la actualización normativa implementada para facilitar los procesos de contratación. En efecto, en cada etapa previa a la suscripción y/o adjudicación del contrato de obra, el principio de planeación demanda la existencia de estudios previos con la finalidad de asegurar la ejecución de la obra, lo que permite estimar circunstancias modales propias de cada negocio jurídico. Su alcance incorpora, además, la calificación de los proponentes y la convalidación de los requisitos legales necesarios para adelantar un proceso de contratación.

Además, se constituye como una herramienta metodológica de programación de los aspectos esenciales del contrato estatal. No es, como puede pensarse, una norma que carece de voz en los procesos de contratación. Por el contrario, es una directriz que irradia las normas que fundamentan la existencia de los procesos de contratación y que entrega a las entidades del estado un marco de suscripción contentivo de las condiciones y requisitos, desde los procesos de selección hasta la ejecución de la obra, más cuando se tiene en cuenta el carácter previsor que lo reviste.

Considerando que el contrato de obra a precios unitarios es un contrato típico de la administración, cuya liquidación pudiera considerarse dentro del resorte de la relación contractual hasta tanto no se haya expedido el acto administrativo que lo suscribe, igualmente que la ecuación económica financiera del contrato de obra propende por la conservación de las situaciones intrínsecas y extrínsecas que dieron origen al contrato y su concepción normativa se inclina más a favorecer al contratista como forma de contrarrestar las potestades exorbitantes de la administración, entre las cuales se encuentra la posibilidad de declarar unilateralmente el incumplimiento de contrato incluso luego del vencimiento de los términos de ejecución y durante el acto liquidatorio mismo, y considerando a partir de los postulados de algunos doctrinantes y contenido jurisprudencial al incumplimiento contractual como un evento de responsabilidad contractual cuya consecuencia es la afectación del equilibrio económico-financiero, se concluye entonces que una de las formas como pudiera verse afectado el equilibrio financiero durante la fase liquidatoria del contrato estatal de obra es cuando existe declaratoria injustificada de incumplimiento del contrato por parte de cualquiera de las partes, en especial por parte de la administración como es lo más usual.

REFERENCIAS

Bibliografía

- Arocha Alarcon, Y Pino Ricci, J. (1997) “*El equilibrio económico y financiero del contrato*”. Régimen de contratación estatal, 2ª edición, Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J.L y Santofimio J.O. (2009). *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

- Cassagne, J C (2002). *El equilibrio económico del contrato estatal*. Editorial Buenos Aires. Buenos Aires.
- Dávila Vinueza, L.G (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Legis editores. Tercera edición. Bogotá
- Díaz Diez, C.A. *La liquidación*. Librería jurídica Sánchez. R LTDA. Medellín.
- Expósito Vélez, J.C (2013). *Forma y contenido del contrato estatal*. Primera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Hernández Silva, A.P. (2008) *La responsabilidad contractual del estado: una responsabilidad son imputación*. Universidad externado de Colombia. Revista de Derecho Privado.
- Marienhoff, M S. (1994) Tratado de derecho administrativo. Tomo I a VI Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1994.
- Mariño, Y.A. Efectos de la liquidación del contrato estatal fuera del término establecido en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007.
[https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/30032/2020alvaromari%
c3%b1o.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/30032/2020alvaromari%c3%b1o.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Matallana Camacho, E. (2013) *Manual de contratación de la administración public, Reforma de la ley 80 de 1993*. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Palacio Hincapié, J. A (2003). *La contratación de las entidades estatales*, Cuarta Edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín.
- Pino Ricci, J. (2005) *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Primera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Salcedo, C.M, A. (2015). La liquidación de los contratos estatales.
<http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/11659/2015Salcedomiguell.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Santofimio Gamboa, J.O. (2008) “*El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico*”. Revista digital de derecho administrativo, núm. 1
- Solano Sierra, J. E. (2010). decretos reglamentarios: Comentarios, legislación, doctrina, concepción práctica. En *Contratación Administrativa: leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007*. Bogotá: Doctrina y Ley

Normatividad

Presidencia de la Republica. (2012). Decreto ley 19 del 10 de enero de 2012 Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Presidencia de la Republica. Bogotá D.c., Colombia.

Congreso de la República. (2007). Ley 1150 del 16 de julio de 2007 Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Congreso de la Republica. Bogotá D.c., Colombia.

Congreso de la República. (2011). Ley 1474 del 12 de julio de 2011 Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Congreso de la Republica. Bogotá D.c., Colombia.

Congreso de la República. (1993). Ley 80 del 28 de octubre de 1993 por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Congreso de la Republica. Bogotá D.c., Colombia.

Jurisprudencia

Laudo Arbitral, Tribunal de Arbitramento, Concesiones de Infraestructuras S.A. Cisa contra Departamento del Valle del Cauca, Cali, abril 24 de 2003, p. 68

República de Colombia, Consejo de Estado. Sentencia del 01 de junio de 2020. Exp 48522. C.P Alberto Montaña Plata

República de Colombia, Consejo de Estado. Sentencia del 06 de Mayo de 2015, exp. 31837. MP Olga Mélida Valle de la Hoz.

República de Colombia. Consejo de Estado sentencia del 24 de Octubre de 2013. Exp.24697. C.P Enrique Gil Botero

República de Colombia. Consejo de Estado Sentencia del 26 de Mayo de 2010. Exp 18606. C.P Mauricio Fajardo Gómez.

República de Colombia. Consejo de Estado Sentencia del 30 de Agosto de 2008. Exp 28346. C.P Mauricio Fajardo Gómez

República de Colombia. Consejo de Estado, sentencia del 05 de Septiembre de 2018. Exp. 2386.
C.P. Edgar González López.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia del 25 de Mayo de 2011. Exp 18017. C.P
Enrique Gil Botero

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia del 31 de Agosto de 2011. Exp 18080. C.P
Ruth Estela Correa Palacios.

Sala de consulta y servicio civil, 5 de Septiembre de 2018. Rad. 2386 C.P Edgar Gonzales López